

DIE ANPASSUNG
VON GRUNDDIENSTBARKEITEN
AN ENTWICKLUNGSBEDINGTE
VERÄNDERUNGEN

EIN BEITRAG ZUR PRÄZISIERUNG
VON TREU UND GLAUBEN IM SACHENRECHT

1970

GERMAN SCHMIDT

DIE ANPASSUNG
VON
GRUNDDIENSTBARKEITEN
AN
ENTWICKLUNGSBEDINGTE
VERÄNDERUNGEN

EIN BEITRAG ZUR PRÄZISIERUNG
VON TREU UND GLAUBEN
IM SACHENRECHT

GERMAN SCHMIDT

DIE ANFANGS-
UND
GRUNDRISS-
AN-
FANGS-
ANFANGS-
ANFANGS-

IM BEZUG AUF DIE
ANFANGS-
ANFANGS-
ANFANGS-



Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
GERMAN SCHMIDT

1970

Referent: Professor Dr. Hermann Krause

Korreferent: Professor Dr. Sten Gagnér

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Februar 1970

(Schlußberatung)

In Erinnerung
an meinen im Krieg
gefallenen Vater
meiner Mutter
in besonderer Dankbarkeit
zugeeignet

G l i e d e r u n g d e r A r b e i t .

	Seite
Einleitung	1 - 6
Begriffserläuterung	7 -13

I. Hauptteil:

Die Hauptfälle entwicklungsbedingter Veränderungen	14-34
---	-------

Die einzelnen Fallgruppen:

1. Veränderung der beteiligten Grundstücke	15-28
a) Intensivierung der Grundstücks- nutzung	15-18
b) Bauliche Veränderung	19-21
c) Änderung des Grundstückscharakters	22-25
d) Änderung der Grundstücksfläche	26-27
e) Zerstörung und Wiederaufbau	27-28
2. Veränderung der Grundstücksumgebung	29-30
3. Änderung des öffentlichen Rechts	30
4. Veränderung der technischen und wirt- schaftlichen Mittel	30-33
5. Begriffs- und Geschmackswandel	33-34

II. Hauptteil:

Die bisherigen Lösungen.

A. Die Lösungen nach deutschem Recht	
1. Die gesetzliche Regelung (des BGB)	35-41
2. Der Wille des Gesetzgebers (des BGB)	42-51
3. Gesetzliche Regelung und Recht- sprechung bei altrechtlichen Grunddienstbarkeiten	52-57
4. Rechtsprechung und Lehre seit Inkrafttreten des BGB	58-115

	Seite
a) Anpassung durch Auslegung	60-81
aa) Rechtsprechung bis 1917	62-64
bb) restriktive Rechtsprechung seit RG LZ 1917, 917	64-72
cc) die Auffassung von Naegeli	72-74
dd) die Auffassung des OLG Karlsruhe DNotZ 1958, 257 f	74-75
ee) die Auffassung von Westermann DNot Z 1958, 259 ff	75-77
ff) neuere Rechtsprechung seit RG JW 1930, 3851 ff	77-81
b) die Bedeutung des späteren Verhaltens	82-88
c) Anpassung durch "Ergänzung der Auslegung"	89-113
aa) Verhältnis der "ergänzenden Auslegung" zur Auslegung im eigentlichen Sinne	89-91
bb) die Verwendung von § 242 BGB im Sachenrecht und bei der Servitutenanpassung	91-94
cc) die -grundsätzliche- Frage nach der Erforderlichkeit der Anpassung	94-95
dd) Voraussetzungen und Maßstab der Anpassung	95-98
ee) Anpassung und Ausgleichsanspruch	99-101
ff) die Lösung der Anpassung in den einzelnen Fallgruppen	102-113
(1) bei Veränderung des herrschenden Grundstücks	102-109
(2) bei Veränderung des dienenden Grundstücks	109-111
(3) bei Veränderung der Grundstücksumgebung	111-112
(4) bei Veränderung allgemeiner Begriffe	112
(5) bei Änderung des öffentlichen Grundstücksrechts	112-113
d) Anpassung durch konstitutiven Akt der Parteien	114-115

	Seite
5. Dem Servitutenrecht verwandte gesetzliche Regelungen des bürgerlichen Rechts	116-127
a) Das Notwegrecht	116-118
b) Der Überbau	119-122
c) Der Immissionsschutz nach dem BGB	123-127
6. Dem Servitutenrecht vergleichbare Fall- konstellationen des öffentlichen Rechts	128-130
B. Lösung der Anpassungsfrage in auslän- dischen Rechten	131-152
1. im österreichischen ABGB	131-136
2. im französischen Code civil	137-142
3. im schweizer ZGB	143-152
Zusammenfassung der Ergebnisse des II. Hauptteils	153-155

III. Hauptteil:

Begründung der eigenen Lösung.	156-219
1. Anpassung durch konstitutiven Akt	157
2. Anpassung durch extensive Auslegung	158-172
a) Auslegungsregeln	160-161
b) Auslegungsgegenstand	161-163
c) Auslegungstheorien	163-167
d) Auslegungstatsachen	168-169
e) Auslegungsmöglichkeiten	169-172
3. Anpassung durch ergänzende Auslegung	173-177
4. Anpassung auf Grund dispositiven Rechts	178-179
5. Anpassung im Wege praeterlegaler Rechtsfindung	180-214
a) allgemeine Ermächtigung des Richters zur Rechtfertigung praeter legem	180-183
aa) durch das Grundgesetz	180-181
bb) als Forderung der Rechtslogik	181
cc) als Forderung der Natur der Sache	181-183
b) besondere Ermächtigung des Richters in den Anpassungsfällen: "Treu und Glauben"	184-191
aa) die Anwendbarkeit von "Treu und Glauben" im Sachenrecht	184-185
bb) die Bedeutung von § 1020 Abs.1 Satz 1 BGB; sein Verhältnis zu § 242 BGB	186-188
cc) die drei Funktionsschichten von "Treu und Glauben"	188-189
dd) das Verhältnis der "gesetzlichen Ermächtigung" zum vorhandenen (zwingenden) Gesetzesrecht; die Konstruktion der Anpassung	189-191
c) die Erforderlichkeit der Anpassung (Spannungsverhältnis von Vertrag und Wirklichkeit)	191-194

	Seite
d) Voraussetzungen und Maßstab der Anpassung	195-212
aa) allgemein: sachliche Ausgestal- tung durch Heranziehung von Be- stimmungen des gesetzlichen Nach- barrechts sowie von Grundsätzen des öffentlichen Enteignungs- und Aufopferungsrechts, und zwar	196-198
bb) im einzelnen	
- der Bestimmungen über das Not- wegrecht	199-203
- der Bestimmungen über den Über- bau	204-207
- der Bestimmungen über den Im- missionsschutz	208-211
cc) Zusammenfassung dieser Gesichts- punkte	212
e) konstruktive Begründung dieses Vor- gehens	213-217
- Allgemeines zu Erkenntniswert der juristischen Konstruktion	213-214
- Begründung der Konstruktion im einzelnen	215-217
f) Zusammenfassung der Lösungen in den einzelnen Fallgruppen	218-221
g) Verfahrensrechtliche Fragen	222
 IV. Zusammenfassung (Thesen)	 223-227
 L e b e n s l a u f	 228-229

Verzeichnis der verwendeten Literatur.

I. Kommentare, Lehrbücher,
Materialsammlungen.

- Baur, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 4.Auflage, 1968,
München, Berlin
- Biermann, Johannes, Das Sachenrecht des BGB, 3.Auflage,
1914, Berlin
- Brinkmann-Hachenbroch, Grundrechtskommentar zum GG,
1967, Bonn
- Dernburg, Heinrich, Pandekten, 1.Band, Allg. Teil und SR
1892, Berlin
- Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
Allg. Teil, 14. u. 15. Aufl., 1955 und 1960,
Tübingen
- Esser, Josef, Schuldrecht, Allg. Teil (Band I) 3.Auflage,
1968, Karlsruhe
- Flume, Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
Das Rechtsgeschäft, 1965, Berlin,
Heidelberg, New York
- Foag, Anton, Nachbarrecht, 3.Auflage, 1966, München
- Hamann, Andreas, Das Grundgesetz, 2.Auflage, 1960,
Neuwied, Berlin
- Henke, Mönch und Horber, Kommentar zur Grundbuchordnung,
9.Auflage, 1966, München, Berlin
- Juris-classeur civil, Art. 516 à 710 du code civil,
Loseblattausgabe, Paris
- Klang, Heinrich, Kommentar zum ABGB, 2.Band, 2.Auflage,
1950, Wien
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner
und Besonderer Teil (2 Bände) jeweils
9. Auflage, 1968, München
- Leemann, Hans, Kommentar zum Schweizerischen Zivil-
gesetzbuch, Sachenrecht, 11. Abt. Art. 730/918
1925, Zürich

- Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht, 14. Auflage, 1965,
München, Berlin
- Meisner-Ring, Nachbarrecht in Bayern, 5. Auflage,
1961, Berlin
- Mugdan, B. Die gesammelten Materialien zum BGB für
das deutsche Reich I. u. III. Band, 1899,
Berlin
- Palandt, Kommentar zum BGB, 26. Auflage, 1967,
München, Berlin
- Planck, Kommentar zum BGB, Sachenrecht, 1./2. Aufl.
1902 und 5. Aufl. 1933/38
- Reichsgerichtsräte, Kommentar der Reichsgerichtsräte
zum BGB, Sachenrecht, 2. Teil, 11. Auflage,
1963
- Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, Allg. Teil, 10. Aufl.
(u. jew. Bearbeiter) 1967, Stuttgart, Berlin, Mainz, Köln
- Schuldrecht, 10. Auflage, 1967 (allg. Teil)
- Sachenrecht, 10. Auflage, 1968
- Staudinger, Kommentar zum BGB, Allg. Teil, 11. Aufl.
(u. jew. Bearbeiter) 1957, Berlin
- Schuldrecht, Allg. Teil, § 242, 11. Aufl.
1961
- Sachenrecht, 2. Teil, 11. Aufl. 1963,
- Stern-Meisner-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet
(ohne Bayern), 4. Auflage, 1964, Berlin
- Tuor, P. Das Schweizer ZGB, 8. Auflage, 1968
Zürich
- Westermann, Harry, Sachenrecht, 5. Auflage, 1966
Karlsruhe
- Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band
8. Aufl. 1900, Frankfurt/M.
- Wolff-Raiser, Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Auflage,
1957, Tübingen

II. Monographien, Dissertationen,
Aufsätze, kleinere Abhandlungen.

- Arndt, Adolf, Das Bild des Richters, 1956, Karlsruhe:
- Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963,
1273 ff
- Bartholomeyczik, Horst, Die Kunst der Gesetzesauslegung,
3. Auflage, 1965, Frankfurt/M
- Birke, Wolfgang, Richterliche Rechtsanwendung und
gesellschaftliche Auffassungen, 1968,
Köln
- Böhme, Wolfgang, (Herausgeber), Weltanschauliche Hinter-
gründe in der Rechtsprechung, 1968,
Karlsruhe
- Canaris, Claus Wilhelm, Die Feststellung von Lücken
im Gesetz, 1964, Berlin
- Dahm, Georg, Deutsches Recht, 2. Auflage 1963, Stuttgart
- Diederichsen, Uwe, Topisches und systematisches Denken
in der Jurisprudenz, NJW 1966, 697 ff
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken,
4. Auflage, 1968, Stuttgart
- Esser, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen
Fortbildung des Privatrechts, 2. Auflage,
1964, Tübingen
- Wertung, Konstruktion und Argument im
Zivilurteil, 1965, Karlsruhe
- Faber, Heiko, Urteilsanmerkung NJW 1968, 47 f
- Flume, Werner, Richter und Recht, 1967, München, Berlin
- Foag, Anton, Die Ausübung altrechtlicher Fahrtrechte
mit Zugmaschinen, Recht der Landwirt-
schaft, 1957, 285 ff
- Forsthoff, Ernst, Prolegomena zu einer richterlichen
Hermeneutik, 1964, Darmstadt

- Haegele, Karl, Zur Entwicklung von Grunddienstbarkeiten an landwirtschaftlichen Grundstücken, Recht der Landwirtschaft, 1967, 234 ff
- Hallermann, Urteilsanmerkung, JW 1925, 475
- Heck, Philipp, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1932, Tübingen (in Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, 1968, Bad Homburg, Berlin, Zürich)
- Henckel, Wolfram, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159, 106 ff (1960/1961)
- Herbert, A.P. Rechtsfälle, Linksfälle im Gesetz, 1966, Göttingen
- Himmelschein, Jury, Beiträge zur Lehre vom Rechtsgeschäft 1930, Mannheim; (Über die Auslegung der Rechtsgeschäfte)
- Horn, Norbert, Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehweg's für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, 601 ff
- Hubmann, Heinrich, Urteilsanmerkung, JZ 1968, 66 f
- Jsay, Hermann, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, Berlin
- Kaufmann, Arthur, Analogie und Natur der Sache, 1965, Karlsruhe
- Kleindienst, Bernhard, Der privatrechtliche Immissionschutz nach § 906 BGB, 1964, Tübingen
- Geldausgleich für Beeinträchtigungen durch Verkehrslärm, NJW 1968, 1953 ff
- Kohler, Josef, Beiträge zum Servitutenrecht, Das herrschende Grundstück und seine Veränderungen, AcP 87, 157 ff, 217 ff (1896)
- Krause, Hermann, Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, AcP 145, 312 ff
- Kriele, Martin, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, Berlin

- Larenz, Karl, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3.Aufl., 1963, München, Berlin;
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, Berlin, Göttingen, Heidelberg
 - Die Methode der Auslegung des Rechtsge-
schäfts, 2.Auflage, 1966, Frankfurt/M. Berlin
 - Ergänzende Vertragsauslegung und
dispositives Recht, NJW 1963, 737 ff
 - Kennzeichen geglückter richterlicher
Rechtsfortbildung, 1965, Karlsruhe
 - Richterliche Rechtsfortbildung als metho-
disches Problem, NJW 1965, 1 ff
- Liver, Peter, Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und
Dienstbarkeiten in der Gesetzgebung und
Lehre Frankreichs, Deutschlands, der
Schweiz und Italiens, Festschrift für Max
Gutzwiller, Jus et lex, 1959, S. 749 ff
- Die Servitut in der Eigentumsordnung und
Eigentumslehre der deutschen, französischen
und italienischen Rechtsgeschichte, Zeit-
schrift für Schweizer Recht, Band 85,
S. 297 ff (1966)
- Löscher, Mitbenützungsrecht Dritter bei Grund-
dienstbarkeiten, Deutscher Rechtspfleger,
1962, 432 ff
- Lüderitz, Alexander, Auslegung von Rechtsgeschäften,
1966, Karlsruhe
- Maihofer, Werner, (Herausgeber) Naturrecht und Rechts-
positivismus, 1962, Darmstadt
- Mattern, Urteilsanmerkung, LM § 1019 BGB Nr. 1
- Matz, Ulrich, Rechtsgefühl und objektive Werte, 1966,
München
- Naegeli, Karl Robert, Die Auslegung von Grunddienstbar-
keiten, 1935, Zürich (Dissertation)

- Ophüls, Carl Friedrich, Ist der Rechtspositivismus
logisch möglich?, NJW 1968, 1745 ff
- Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 1956, Stuttgart;
- Die Natur der Sache als juristische
Denkform, 1964, Darmstadt
- Raiser, Karl, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
NJW 1964, 1201 ff
- Reichel, Hans, Gesetz und Urteilsspruch, 1915, Zürich
- Rosenberg, Leo, Urteilsanmerkung, JW 1930, 3851 ff
- Rüthers, Bern, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, Tübingen
- Schotthöfer, Die Problematik des Eigentümerweges,
BayVBl 1967, 210 ff
- Schreier, Fritz, Die Interpretation der Gesetze und
Rechtsgeschäfte, 1927, Leipzig, Wien
- Thieme, Paul, -Urteilsanmerkungen MDR 1958, 760
-Urteilsanmerkungen MDR 1960, 660 f
-Anmerkung LM § 917 BGB Nr. 2
- Viehweg, Theodor, Topik und Jurisprudenz, 3. Auflage,
1965, München
- Welzel, Hans, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit,
2. Auflage, 1962, Göttingen
- Werner, Fritz, Zum Verhältnis von gesetzlichen General-
klauseln und Richterrecht, 1966, Karlsruhe
- Westermann, Harry, Urteilsanmerkung, DNotZ, 1958, 259 ff;
- Die Änderung des Nachbarrechts und der
Gewerbeordnung als Beispiel für das
Verhältnis von richterlicher und gesetz-
geberischer Fortbildung des Rechts,
Festschrift für G.S. Maridakis, 2. Band,
S. 661-676, 1963, Athen
- Welche gesetzliche Maßnahmen zur Luft-
reinhaltung und zur Verbesserung des
Nachbarrechts sind erforderlich?
1958, Köln, Opladen

Wieacker, Franz, Zur rechtstheoretischen Präzisierung
des § 242 BGB, 1956, Tübingen

- Gesetz und Richterkunst, 1958, Karlsruhe

- Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,
2. Auflage, 1967, Göttingen

- Die Methode der Auslegung des Rechtsge-
schäfts, JZ 1967, 385 ff

Zippelius, Reinhold, Problemjurisprudenz und Topik,
NJW 1967, 2229 ff

Zopfs, Jannpeter, Dienstbarkeiten und bauliche
Ordnung, Dissertation, 1962, München

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

Neben den üblichen Abkürzungen wurden folgende Abkürzungen verwendet:

GG	im Zusammenhang mit Larenz: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung
H.M.H.	Henke-Mönch-Horber; Kurzkomentar zur Grundbuchordnung
M.d.A.d.R.	Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts (Larenz)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
RJA	Reichsjustizamt
RdL	Recht der Landwirtschaft
RTK	Reichstagskommission
SA	Seuffert's Archiv
SR	Sachenrecht
SSK	Soergel-Siebert-Knopp: Kommentar zum BGB
St.M.H.	Stern-Meisner-Hodes: Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern)
SJZ	-Süddeutsche Juristenzeitung -im Zusammenhang mit Schweizer Recht: Schweizer Juristenzeitung

Jst's nicht genug, dass mein gesprochen Wort
Auf ewig soll mit meinen Tagen schalten?
Rast nicht die Welt in allen Strömen fort,
Und mich soll ein Versprechen halten?

Faust

Es gibt keinen automatischen Fortschritt im
Recht, sondern nur ein Fortschreiten, das immer
wieder neu - im Kampf um das Recht! - errungen
werden will. Es gibt auch keinen allgemeinen
Fortschritt im Recht. Aber es gibt immer noch
die Freiheit, sich -als Jurist oder als einfacher
Bürger- bei jeder konkreten Entscheidung für ein
gerechtes und menschliches Recht einzusetzen.
Nur aus solcher Bewährung kann es zu einem
wahren Fortschreiten in der Rechtsverwirklichung
kommen.

Werner Kagi

Vom Kampf um das Recht in der Gegenwart,
Das Problem des Fortschritts Heute.

E i n l e i t u n g.

Die Frage, in welcher Weise spätere Veränderungen der Verhältnisse auf bestehende, länger laufende Rechtsbeziehungen einwirken, hat bis heute eine umfangreiche und vielfältige Behandlung in der Rechtsprechung und in der Rechtswissenschaft erfahren. Die Erörterung beschränkt sich jedoch weitgehend auf den Bereich der schuldrechtlichen Beziehungen. Unter den Stichworten "clausula rebus sic stantibus" oder "Lehre von der Geschäftsgrundlage" ist das Problem bekannt und einzuordnen. Nicht hinreichend erkannt wurde jedoch bisher, dass die Frage der Berücksichtigung veränderter Umstände bei Grunddienstbarkeiten ein Problem eigener Art ist. In einem Teil der Lehre unterstellt man - wie es scheint - den zur "Vertragserfüllung und Geschäftsgrundlage" erarbeiteten Grundsätzen über ihren eigentlichen Anwendungsbereich hinaus Allgemeingültigkeit für den Bereich des gesamten Zivilrechts, wie z.B. der Untertitel in der bekannten Abhandlung von Larenz "Die Bedeutung veränderter Umstände im Zivilrecht" vermuten lässt. In der Rechtsprechung begnügt man sich, ohne den Versuch einer systematischen Erfassung und Lokalisierung des Problems zu machen, damit, "von Fall zu Fall" zu entscheiden oder zur Begründung einer als praktikabel erkannten Lösung auf eine "ständige Rechtsprechung" zu verweisen.

Das Problem der Anpassung von Grunddienstbarkeiten an die veränderten Verhältnisse wurde bis heute weder in einer der sachlichen noch in einer der rechtlichen Besonderheit entsprechenden Weise genügend erfasst und behandelt.

Dies erstaunt, wenn man bedenkt, dass bereits die dingliche Natur des Dienstbarkeitsverhältnisses -die Dienstbarkeit als "ewiges Recht" -sowie die im Sachenrecht des BGB geltenden besonderen Publizitätsvorschriften eine abweichende Behandlung nahelegen. Sodann besteht für die Dienstbarkeiten der eigentümliche Fall, dass ein vielfach bis in Einzelheiten von den Parteien ausgestaltbares Recht zwischen Personen fortwirken kann, die mit der Bestellung des Rechts nichts zu tun hatten. Schliesslich muss beachtet werden, dass über Artikel 184 EG BGB für das Servitutenrecht "die bei Inkrafttreten des BGB bestehenden dinglichen Belastungen mit dem sich aus dem bisherigen Recht ergebenden Inhalt bestehen bleiben". Das bedeutet: die vielfältigen Regelungen der Rechte aus der Zeit vor dem BGB gelangen bei jeder Inhaltsbestimmung einer altrechtlichen Dienstbarkeit zur Anwendung und bilden nicht nur unverbindlichen, rechtshistorischen Hintergrund.

Auf Grund dieser Besonderheiten erschien es daher lohnenswert, der Frage der veränderten Verhältnisse für den Bereich des Servitutenrechts eingehender nachzugehen.

Die Frage der veränderten Verhältnisse bedurfte jedoch in mehrfacher Hinsicht einer gewissen Begrenzung; einerseits sollten Wiederholungen zu der in Überfülle vorhandenen Literatur und Rechtsprechung zur clausula-Frage und zur Lehre von der Geschäftsgrundlage vermieden werden, andererseits bieten nur bestimmte Fallkonstellationen eine besondere, eigenständige Problematik. Dem wurde durch die zweifache

Einschränkung des Themas, nämlich einmal auf die Fragen der Anpassung, zum andern auf die Fragen entwicklungsbedingter Veränderungen, Rechnung getragen. Mit dem Problem mussten sich in den letzten Jahren die Gerichte mehrfach beschäftigen. Es darf daher auch aus der Sicht der Praxis ein gewisses Interesse für eine zusammenhängende Bearbeitung der aufgetauchten Fragen erwartet werden.

Das Problem der Anpassung von Grunddienstbarkeiten an entwicklungsbedingte Veränderungen wird mit der vorliegenden Arbeit für den Geltungsbereich des BGB -soweit ersichtlich- erstmals zusammenfassend in Angriff genommen. Lediglich von Kohler liegt eine Abhandlung aus dem Jahre 1896 vor,¹⁾ welche sich u.a. auch mit der Frage "Das herrschende Grundstück und seine Veränderungen" beschäftigt. Die damaligen Überlegungen und Ergebnisse, die deutlich unter dem Einfluß des vor dem BGB gültigen Rechts standen, bedürfen nach der inzwischen durchgemachten technischen und wirtschaftlichen Entwicklung einer erneuten Überprüfung. Im übrigen beschränkte sich die Arbeit Kohlers lediglich auf einen Teil der zahlreichen möglichen Veränderungen.

Im Jahre 1967 deutete Haegele in einem Aufsatz "Zur Entwicklung von Grunddienstbarkeiten an landwirtschaftlichen Grundstücken"²⁾ wesentlich umfassender die Problematik in ihrer Eigenständigkeit an, beschränkte sich aber, ohne den Versuch einer methodischen Vertiefung zu machen, auf die Wiedergabe der Rechtsprechung. Haegele übersieht auch, dass sich die Anpassungsfrage nicht nur bei landwirtschaftlichen Grundstücken stellt.

1) Beiträge zum Servitutenrecht in AcP 87 S.158 ff
(217 ff)

2) RdL 1967, 234 ff

Aus dem Schweizer Rechtskreis liegt die Züricher Dissertation von K.R.Naegeli aus dem Jahre 1935 vor, welche sich mit der "Auslegung von Grunddienstbarkeiten" befasst. Diese Arbeit zielt jedoch in erster Linie auf die Herausarbeitung der Besonderheiten der Servitutenauslegung gegenüber der allgemeinen Auslegungslehre ab. Die Frage der veränderten Umstände spielt bei Naegeli keine vorherrschende Rolle. Die Auslegung ist im übrigen-das darf hier bereits gesagt werden- nur eine von mehreren methodischen Möglichkeiten, ältere Servituten veränderten Verhältnissen anzupassen. Naegeli's Arbeit wird allerdings durch die in ihr gebotene Übersicht über das schweizerische Servitutenrecht manch wertvolle Anregung geben können.

Das Problem der Servitutenanpassung ist im Wege "schlichter Gesetzes-Subsumtion" nicht zu bewältigen. In der bisherigen Rechtsprechung wurde die Frage, ob und inwieweit eine Servitut den veränderten Umständen angepasst werden kann, dahin beantwortet, dass "... bei Bestimmung des Inhalts und Umfangs einer Servitut den technischen und wirtschaftlichen Veränderungen Rechnung zu tragen ist..."; hierbei wurde in mehreren Fällen zur näheren Begründung auf "Treu und Glauben" (§ 242 BGB) Bezug genommen.

Mit derartig allgemeinen Formeln ist jedoch das Problem der Servitutenanpassung weder sachlich noch rechtlich angemessen zu lösen. So konnte die im Ansatz sicherlich begrüßenswerte Offenheit gegenüber dem Fortschritt in vielen Fällen nicht verhindern, dass letztlich die Nachteile des Fortschritts ausschliesslich einer Seite aufgebürdet wurden. Methodisch wäre eine -durchaus mögliche- nähere Präzisierung von "Treu und Glauben" zu wünschen gewesen.

Es wird daher Ziel der Abhandlung sein, die Frage nach Voraussetzung und Abwicklung der Servitutenanpassung in umfassender Weise sachlich und rechtlich neu zu erarbeiten. Mangels eindeutiger gesetzlicher Hinweise soll dabei die Lösung in einer "problemnahen" Weise angegangen und "systematische" Überlegungen vorrangig nur dort ins Spiel gebracht werden, wo sie tatsächlich einen eigenständigen Erkenntniswert bei der "Rechtsfindung" besitzen. Mit diesem Vorgehen wird selbstverständlich nicht auf die längst überwundene Auffassung "freier richterlicher Rechtsfindung" zurückgegriffen. Allerdings soll die Bedeutung des wertenden "volitiven" Moments in der richterlichen Entscheidung des einzelnen Falles gegenüber dem rein "kognitiven" Prozess der Subsumtion in dem ihm in Wirklichkeit zukommenden Masse hervorgehoben werden.³⁾ Die Arbeit macht sich insofern die Ergebnisse von zahlreichen Abhandlungen der vergangenen Jahre zur "Methode richterlicher Rechtsfindung" zu eigen.⁴⁾

3) vgl. Jsay, Rechtsnorm u. Entscheidung; Esser, Grundsatz u. Norm; ders., Wertung, Konstruktion u. Argument im Zivilurteil.

4) vgl. Viehweg, Topik u. Jurisprudenz; Wieacker, Gesetz u. Richterkunst; ders., Zur rechtstheoretischen Präzisierung von § 242 BGB; A. Kaufmann, Analogie u. Natur der Sache; Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln u. Richterrecht; Kriolo, Theorie der Rechtsgewinnung; vgl. A. Arndt, NJW 1963, 1273-1284; Raiser, NJW 1964, 1201-1208; Larenz, NJW 1965, 1-10; Diederichsen, NJW 1966, 697-705; Horn, NJW 1967, 601-608; Zippelius, NJW 1967, 2229-2234.

Im einzelnen soll durch Differenzierung und nähere Bestimmung von Tatbeständen und Rechtsfolgen auf dem weiten Gebiet der Servitutenanpassung eine gewisse Ordnung und Übersicht erreicht werden, die eine einerseits elastische andererseits jedoch nicht grundsatzlose, vielmehr an bestimmten Leitsätzen orientierbare Anpassung im Einzelfall ermöglicht.

Hierzu ist es erforderlich, die als typisch anzusehenden Anpassungstatbestände (Fallgruppen) und die bisher als angemessen erachteten Lösungswege auf ihren Wert sowohl in methodischer Hinsicht als auch im Hinblick auf ihre immanente Gerechtigkeit zu untersuchen. Bei der Suche nach angemessenen Lösungen der Anpassungsfrage soll -in einem beschränkten Umfang- auch ein Blick auf ausländisches Recht und ausländische Rechtsprechung geworfen werden. Interessanterweise finden sich nämlich im französischen Code civil, im italienischen Codice civile, im Schweizer ZGB und im österreichischen ABGB Bestimmungen, wonach regelmässig "... eine die Belastung des (dienenden) Grundstücks erschwerende Erweiterung der Dienstbarkeit...." nicht zulässig ist. Trotz dieser ausgesprochen "anpassungsunfreundlichen" Bestimmungen wird jedoch in all diesen Ländern eine Anpassung an die gesteigerten Bedürfnisse durchgeführt, ein Beispiel dafür, dass sich die Natur der Sache trotz Verschiedenheit der Legalordnung immer wieder Geltung zu verschaffen weiss.

Um die Vergleichsbasis möglichst breit zu gestalten soll ausserdem ein Blick auf den mit den Servituten nach Sachverhalt und Problemlage in gewissem Umfang verwandten Bereich des gesetzlichen Nachbarrechts (Notwegrecht, Überbaurecht, Immissionsschutzrecht des BGB) geworfen werden. Endlich sollen vergleichbare Fallkonstellationen des öffentlichen Rechts mit in die Betrachtung einbezogen werden.

Die Arbeit berücksichtigt Literatur und Entscheidungen bis einschliesslich Dezember 1968.

Der Ende 1968 erschienene Band "Grunddienstbarkeiten"^{4a} von Peter Liver, der teilweise zu ähnlichen Forderungen wie diese Arbeit gelangte, (zum Beispiel Forderung eines Ausgleichsanspruchs^{4b}) wurde dem Verfasser erst nach Fertigstellung der Arbeit im Frühjahr 1969 zugänglich.

4a) Peter Liver, Kommentar zum Schweizer ZGB, Sachenrecht, Grunddienstbarkeiten, 2. Auflage, 1968, Zürich

4b) vgl. Liver a.a.O., Anm. zu Art. 739, Anm. 35-39, S. 496 f.

Begriffserläuterung.

Die im Titel der Arbeit verwendeten Begriffe "Anpassung" und "entwicklungsbedingte Veränderungen" bedürfen einer genauen Bestimmung und Abgrenzung.

1. Bei dem Begriff "Anpassung" handelt es sich nicht um einen spezifisch juristischen Begriff wie Dienstbarkeit, Hypothek, Nießbrauch usw. Es ist daher zur Klärung dieses Begriffes vom allgemeinen Sprachgebrauch auszugehen. Wissenschaftliche Terminologie muss, will sie den Sinnbezug auf den Gegenstand ihrer Bemühungen erhalten, Rücksicht nehmen auf den in einem Wort enthaltenen und regelmässig mitgedachten Bedeutungsinhalt.

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Ausdruck "Anpassung" sowohl in einem transitiven als auch in einem intransitiven Wortsinne verwendet. Einige beliebige herausgegriffene Beispiele mögen dies verdeutlichen.

Ältere unmodern gewordene Gebrauchsgegenstände, (Kleider, Möbel usw.) werden durch Umarbeitung den heutigen Geschmacksvorstellungen angepasst; Sozialrenten (dynamische Rente) werden in bestimmten zeitlichen Intervallen dem gestiegenen allgemeinen Gehaltsniveau angeglichen; das Chamäleon ist dafür bekannt, dass es sich in seiner Färbung der jeweiligen Umgebung anpasst; der Mensch passt sich in seinem Verhalten der Umwelt und deren Bedingungen an, soweit er es nicht vorzieht, letztere in seinem Sinne zu gestalten; in der griechischen Heldensage passte der Riese und Wegelagerer Prokrustes seine Gäste jeweils einem entweder viel zu groß oder viel zu klein gewählten Bett an, was die Gäste entsprechend der Absicht des

Gastgebers nicht überlebten, ausgenommen der Held Theseus, der es nicht zur "Anpassung" kommen liess. Im Großen Brockhaus (1952) wird Anpassung definiert als Umstellung eines Organismus in seinen Organen, Funktionen und Verhaltensweisen in der Art, dass sie sich an bestimmten Umweltsbedingungen orientieren, ohne diese zu verändern;

Ziel der Anpassung ist die Erreichung besserer Lebensmöglichkeiten.

Anpassung ist also zweckmässiges Reagieren auf äussere Umstände, die man als gegeben hinnehmen muss.

Auf dem Gebiet der Sozialpsychologie spielt der Begriff "Anpassung" eine entscheidende Rolle; Anpassung wird dort als elementares Gebot jedes Individuums innerhalb eines grösseren Menschenverbandes verstanden.⁵⁾

Der Begriff Anpassung setzt also eine Vorstellung unbeeinflussbarer Bedingungen und Gegebenheiten voraus, denen sich ein Gegenstand, ein Organismus nicht entziehen kann, die er aber andererseits auch nicht umgestalten kann. Anpassung basiert also auf der Annahme einer gewissen Mangelhaftigkeit, einer fehlenden Kongruenz von Organismus und den ihm konfrontierten Gegebenheiten. Die fehlende "Entsprechung" wird jeweils durch die Anpassung erreicht.

Dem obigen Beispiel lässt sich bereits eine Grenze der Anpassung entnehmen. So passt sich ein Gegenstand seiner Umwelt immer nur so weit an, als er auf Grund seiner natürlichen Beschaffenheit dazu in der Lage ist.

5) vgl.ebenfalls Großer Brockhaus (1952) Stichwort Anpassung; vgl.auch Wörterbuch der Soziologie von W.Brebohl, Stichwort Anpassung; Arnold Gehlen, Die Seele im technischen Zeitalter, rde Bd.53, S.39

Bei der Umarbeitung spricht man nur so lange von Anpassung, als der ursprüngliche Gegenstand seiner Identität nach sowie in seinen wesentlichen Elementen der gleiche bleibt. Das Beispiel des "Prokrustes-Bettes" beinhaltet nur scheinbar eine Anpassung, denn in Wahrheit sollte hier getötet werden.

Anpassung ist also -so lässt sich vorläufig zusammenfassen- die Angleichung eines Gegenstandes an ausserhalb des Gegenstandes vorhandene unbeeinflussbare Gegebenheiten, denen gegenüber der Gegenstand ohne Angleichung mangelhaft wäre; die Angleichung darf jedoch nicht zur Substanzvernichtung führen. Die Anpassung erfolgt entweder im Wege einer Selbstregulierung kraft im Gegenstand selbst vorhandener geeigneter Mechanismen oder durch Gestaltung von aussen. Der Begriff Anpassung bedarf jedoch über das Bisherige hinaus im Hinblick auf seine besondere juristische Aufgabe einer weiteren Präzisierung.

Das für diese Arbeit untersuchte Fallmaterial vermag uns in diesem Falle nicht zu helfen. Der Begriff Anpassung taucht dort nur einige wenige Male auf, ohne dabei eine hinreichende Erläuterung zu erfahren.⁶⁾

So versteht das LG Freiburg unter Anpassung die Frage, inwieweit ein "für Pferd und Wagen" bestimmtes Wegerecht nunmehr auch mit Motorfahrzeugen benutzt werden darf. In dem Aufsatz von Haegele⁷⁾ wird der Begriff Anpassung in einem allgemeinen Sinne verwandt, wonach Anpassung jede Methode ist, die darauf abzielt, bestehende Rechtsverhältnisse den veränderten

6) LG Freiburg MDR 1960, 1014; LG Hamburg Bl.GBW
1963, 16

7) RdL 1967, 234 ff

Umständen anzugleichen. Haegele folgt damit dem im allgemeinen Sprachgebrauch üblichen Wortverständnis. Im Schuldrecht, insbes. im Zusammenhang mit der Lehre von der Geschäftsgrundlage, beinhaltet der Begriff Anpassung vielfach die Umgestaltung einer obsolet gewordenen Vereinbarung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB).⁸⁾ Ob eine solche Verwendung auch im Servitutenrecht zulässig ist, lässt sich an dieser Stelle noch nicht entscheiden. Es ist daher vorläufig eine genauere Bestimmung des Begriffs Anpassung nicht möglich; seine genauere Festlegung ergibt erst die noch zu erarbeitende Lösung des Problems. Es lässt sich daher nicht vermeiden, dass der Begriff Anpassung vorerst in einem Zug vorausgesetzt und zugleich näher bestimmt wird. Der dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommene, bisher erarbeitete Bedeutungsinhalt von "Anpassung" wird jedoch eine genügend brauchbare Arbeitsgrundlage darstellen.

Jmmerhin lassen sich für die nähere Bestimmung des juristischen Begriffs der Anpassung schon jetzt gewisse Gesichtspunkte herausstellen, unter denen der Begriff eine genauere Beschreibung erhält: Aufgabe der Anpassung, Methode der Anpassung, Ziel der Anpassung.

a) Die Begründung von dinglichen Servitutenrechten ist nicht nur Auswahl eines von der Rechtsordnung bereits inhaltlich fixierten festgelegten Rechts;⁹⁾ dessen inhaltliche Ausgestaltung bleibt vielmehr innerhalb eines vorgegebenen gesetzlichen Rahmens den Parteien

8) vgl. Esser, Schuldrecht § 36 III 2,3; Soergel, Sieber, Knopp (= SSK), Schuldrecht, Allg. Teil § 242 Rd. Nr. 53; Staudinger-Weber, Schuldrecht § 242, A 1-3

9) im alten Recht galten jedoch z.T. "typisierte", inhaltlich fest umrissene Servituten;

überlassen. Die Grundstückseigentümer können somit die rechtliche "Zueinanderordnung" ihrer Grundstücke in Einzelheiten selbst bestimmen und festlegen. Diese "leges constructus" werden aber jeweils in oder für eine bestimmte äussere Situation "gedacht". Sie werden daher unpassend, wenn sich die ursprüngliche Situation über den Rahmen des "Vorgedachten" hinaus verändert. Soweit angesichts der neuen Situation die Parteivereinbarung nicht jeden Sinn verliert, kann nur eine Anpassung dem vorhandenen Servitutenrecht auch unter den gewandelten äusseren Bedingungen weiterhin rechtliche Wirksamkeit verleihen.

b) Auf Grund des allgemeinen Sprachgebrauches wurde bereits festgestellt, dass Anpassung entweder dadurch erfolgen kann, dass Kräfte ausserhalb des Gegenstandes auf diesen einwirken, um ihn anzugleichen, oder dass eine Anpassung durch im Gegenstand selbst vorhandene Gegebenheiten quasi automatisch eintritt. Diese Unterscheidung scheint auch auf den juristischen Begriff Anpassung übertragbar. Es bietet sich hier einmal die Möglichkeit einer nachträglichen Umgestaltung des Servitutenrechts durch Parteivereinbarung, durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes durch Richterspruch; zum andern denke man an die Möglichkeiten, welche eine geschmeidige Auslegung der ursprünglichen Vereinbarung zur Verfügung stellt; eine dritte, zwischen den obigen Möglichkeiten stehende Variante wären gesetzliche Bestimmungen, welche den Servituten einen anpassungsfähigen, gewissermassen gleitenden Inhalt geben.

c) Unter dem Gesichtspunkt "Aufgabe der Anpassung" war die Rede davon, es gelte dem Servitutenrecht als solchem auch unter geänderten Bedingungen Wirksamkeit zu verleihen. Ein Interesse daran, dass vorhandene Servituten auch unter den gewandelten Bedingungen Gültigkeit behalten, besitzt eigentlich nur der Dienstbarkeitsberechtigte; der vertragstreue Eigentümer des belasteten Grundstücks wird an einer weiteren Wirksamkeit des Rechts nur insoweit interessiert sein, als seine dingliche Belastung bei Fortgeltung des Rechts nicht eine wesentliche Steigerung erfährt. Jede Anpassung, die ein gesteigertes Bedürfnis des Berechtigten befriedigt, erfolgt -behält man die dingliche Seite des Vorgangs im Auge- einseitig zu Lasten des dinglich Verpflichteten. Andererseits muss der Verpflichtete gewisse Belastungssteigerungen in Kauf nehmen, soweit sie sich im Rahmen der einmal getroffenen Vereinbarung halten. Anpassung darf daher von der Interessenlage her nie schrankenlos sein. Trotzdem kann eine erforderliche Anpassung u.U. zu einer erheblichen Mehrbelastung des anderen Grundstücks führen. Die ursprüngliche Relation von Vorteilen für die eine Seite und Nachteilen für die andere Seite kann sich wesentlich verschieben. Aus Gerechtigkeitsgründen muss daher Anpassung auch unter dem Aspekt dieser Relation von Vorteilen und Nachteilen für die beteiligten Grundstücke gesehen werden. Die Folgen des Fortschritts dürfen nicht einseitig einem Grundstück zum Nachteil gereichen, während das andere Grundstück ausschliesslich die Vorteile des Fortschritts für sich in Anspruch nimmt. Der Begriff Anpassung muss daher über seine Aufgabe, alte Servituten zu modernisieren, hinaus ein materielles Moment ausgleichender Gerechtigkeit beinhalten.

2. Der im Titel der Arbeit verwendete, weitere Begriff "entwicklungsbedingte Veränderungen" lässt sich leichter umschreiben. Unter "entwicklungsbedingten Veränderungen" sollen nur solche Veränderungen verstanden werden, die sich im Laufe einer normalen Entwicklung der Dinge ergeben. Veränderungen auf Grund allgemeiner Katastrophen, wie Krieg, Inflation usw., sogen. Massenkalamitäten¹⁰⁾, sollen ausser Betracht bleiben. Diese Fälle können ohnehin kaum mit dem Instrumentarium der vorhandenen Gesetze bewältigt werden. Ihre Lösung obliegt dem Gesetzgeber. Bei dieser Art von Veränderungen würde im übrigen ähnliches gelten, wie bereits allgemein unter dem Stichwort "Wegfall der Geschäftsgrundlage; anerkannt ist, ein Fall, der auch bei den Dienstbarkeiten keine eigenständige Problematik aufweist.¹¹⁾

3. Unter dem Begriff "Grunddienstbarkeiten" sind solche im Sinne von § 1018 f BGB zu verstehen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Begriff der Real servitut des alten Rechts über den des heutigen Rechts hinausging¹²⁾ und über Art. 184 EG BGB solche Servituten fortgelten. Die Anpassungsfrage stellt sich daher über den engeren Bereich von § 1018 BGB hinaus.

Die für das Gebiet der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1090-1093) erarbeiteten Lösungen werden zu Vergleichszwecken herangezogen, soweit sie für die Anpassung der Grunddienstbarkeiten bedeutsam sind.

10) vgl. Wieacker, Präzisierung S. 37 Fn 79

11) vgl. BGH NJW 1967, 1609 ff (1610)

12) vgl. Meisner-Ring (= M. Ring), Nachbarrecht in Bayern, § 27 III 4 u. Fn 91, 92, 93.

I. Die Hauptfälle entwicklungsbedingter Veränderungen.

Vorbemerkung:

Will man das Problem der Anpassung von Grunddienstbarkeiten an entwicklungsbedingte Veränderungen in seinem ganzen Umfang und in seiner ganzen Vielseitigkeit in den Blick bekommen, muss man sich dorthin wenden, wo es in immer neuen Fallgestaltungen auftaucht: an die Rechtsprechung. An Hand der Rechtsprechung können wir ermitteln, welche als typisch anzusehenden Sachverhalte häufig wiederkehren und welche Lösungen hier und dort als angemessen erachtet wurden.

Die Rechtslehre, welcher ansonsten neben der Rechtsprechung ein eigener, hervorragender Platz bei der Erarbeitung der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten zukommt, beschränkt sich bei den hier zur Erörterung anstehenden Fragen weitgehend auf die Übernahme der von der Rechtsprechung erarbeiteten Ergebnisse. Welches auch immer die Gründe dieser wissenschaftlichen "Enthaltsamkeit" sein mögen, -ob Folge des allgemeinen Desinteresses für das Servitutenrecht oder mangelnde wissenschaftliche Attraktivität des heute etwas "verstaubt" erscheinenden Rechtsinstituts,- mag dahin stehen; jedenfalls bietet die nur in Ansätzen vorhandene eigenständige Bearbeitung des Themas in der Rechtslehre keinen brauchbaren Ansatzpunkt. Die Arbeit wird sich daher in erster Linie an der Entwicklung der Rechtsprechung orientieren, wird aber bedeutsame Auffassungen der Lehre von Fall zu Fall an den entsprechenden Stellen in der Darstellung aufzeigen.

Die einzelnen Fallgruppen.

Bei Durchsicht des umfangreichen Materials zeigt sich, dass die Vielfalt der Problemfälle auf eine gewisse Zahl von Grundfällen entwicklungsbedingter Veränderungen, die sich wiederholen, zurückgeführt werden kann.

1. Eine erste Gruppe von Fällen entwicklungsbedingter

Veränderungen bezieht sich auf solche Änderungen, welche die beteiligten Grundstücke nach Begründung der Servitut im Laufe der Zeit erfahren. Diese Fälle von Veränderungen der beteiligten Grundstücke lassen sich weiter untergliedern.

a) Intensivierung der Grundstücksnutzung.

Veränderte allgemeine Anschauungen, wirtschaftliche Entwicklung, technischer Fortschritt, zunehmende Bodenverknappung führen zu einer stärkeren Nutzung des einzelnen Grundstücks; Technik und Wissenschaft stellen die hierfür erforderlichen Mittel zur Verfügung

So wurden auf dem landwirtschaftlichen Sektor bessere Anbaumethoden entwickelt; die Verwendung von Kunstdünger, widerstandsfähigeren Samenmaterials usw. der Einsatz besseren, arbeitsparenden Geräts ermöglichen höhere Erträge, rascheren Fruchtwechsel, die Ausnützung früher als ungeeignet angesehener Jahreszeiten und die Bebauung bislang unbauten Landes.¹⁾ Kleinbetriebe werden zu Großbetrieben,²⁾ insbesondere, wenn sie sich als "Intensivbetriebe"

1) vgl. allgemein: Foag, RdL 1957, 2857 f

2) vgl. LG Stade, Nds.Rpfl.1959, 85 ff

auf bestimmte landwirtschaftliche Zweige spezialisieren. Andererseits kann aber auch das Abgehen von der früher regional bedingten Monokultur (z.B. Rübenbau) zu Gunsten einer breiteren Wirtschaftsbasis zu einer Wirtschaftsintensivierung führen. All diese Veränderungen bringen einen gesteigerten Verkehr von und zu den betreffenden Grundstücken mit sich, verstärken die Belastung bestehender Fahrrechte, Holznutzungsrechte, Wasserleitungsrechte usw.³⁾ Daneben entdeckten manche Landwirte, dass Sommerfrischler eine recht einträgliche Nebeneinnahme bringen können.⁴⁾

Bei Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Grundstücksnutzung kann sich ergeben, dass z.B. eine moorige Wiese besser zum Torfstich benützt wird.⁵⁾ Kann das für die Wiese bestehende Zufahrtsrecht nunmehr auch für die neue Benutzung des Grundstücks in Anspruch genommen werden?

Weiderechte können heute auf Grund Züchtung besonders widerstandsfähiger Rinder, Schafe usw. jahreszeitlich wesentlich länger ausgenützt werden; ist die dadurch bedingte stärkere Abnutzung der beweideten Wiese ohne weiteres zu dulden?⁶⁾

Erstreckt sich eine sogen. "Rübenbahngerechtigkeit" auch auf die Beförderung anderer Produkte, wenn das berechnigte Landgut inzwischen von der strengen Monokultur abgegangen ist?⁷⁾

3) vgl. Foag a.a.O.; vgl. die zahlreichen Beispiele bei Stern-Meisner-Hodes (=St.M.H.) Nachbarrecht § 31 II S. 553 f

4) vgl. St.M.H. S. 552 u. dort Fn 45

5) vgl. St.M.H. S. 550

6) vgl. Meisner-Ring, § 30 VIII; Juris classeur, Art. 692-702, Nr. 52

7) RG Recht 1913, Nr. 54/55

Städtische Grundstücke wurden bereits seit frühesten Zeiten wegen der naturgemäß beengteren Verhältnisse intensiv genutzt.

Die grosse Zahl von Mietern und anderen Benutzern liess bei städtischen Grundstücken jeweils raschere Veränderung auf Seiten der Berechtigten zu.⁸⁾

In Wohnhäusern siedelten sich häufig kleinere Gewerbebetriebe, Büros oder Kanzleien an, ohne dass der allgemeine Charakter als Wohnhaus darunter wesentlich litt; kleinere Imbistuben, gewerbliche Lager oder Weinkeller wurden vielfach in den Untergeschossen der Wohnhäuser eingerichtet.⁹⁾ Es versteht sich,

dass die für diese Häuser bestehenden dinglichen Benutzungsrechte durch die zahlreicher in Erscheinung tretenden Besucher erheblich stärker in Anspruch genommen wurden. Wie ist zu entscheiden, wenn das für ein Wohnhaus eingeräumte Wegerecht später für ein in dem Wohnhaus etabliertes Bordell benutzt wird?¹⁰⁾

Eine Villa, die mit einer sogen. Villengerechtigkeit belastet ist, wird in späterer Zeit als Mehrfamilienhaus, Säuglingsheim oder Gastarbeiterwohnheim benutzt; müssen die Inhaber des berechtigten Grundstücks mit einer solchen Veränderung einverstanden sein?¹¹⁾

Darf ein Gaststättengrundstück das ihm zustehende "Zufahrts- und Zugangsrecht" zu einer Wiese auch

8) LG Kleve, Haus und Wohnung 1951, 155; LG Bremen, Bl. GBW 1957, 383 (vgl. Anm. Löscher DRpf. 1962, 432; OLG Königsberg HRR 1937, 1442; BGH VRS 23, 247; Juris classeur a.a.O. Nr. 53)

9) vgl. St. M. H., S. 551/552; vgl. RG SA 86 Nr. 150; OLG Hamburg HRR 1930 Nr. 2063; vgl. Kohler AcP 87, 219 u. Fn. 7

10) vgl. Kohler a.a.O. S. 220 gegen franz. Rspr.

11) RG Recht 1914 Nr. 2457; OLG Hamburg MDR 1963, 679; KG JR 1963, 18; BGH NJW 1965, 2398; vgl. auch Beispiele aus Schweizer Rechtsprechung bei Naegeli S. 59 f

dann noch in Anspruch nehmen, wenn die Wiese den Besuchern der Gaststätte später als Liegewiese zur Verfügung gestellt wird?¹²⁾

Eine Berghütte entwickelt sich nach Erschliessung des betreffenden Gebietes allmählich zu einem Berggasthof, was zu einem stärkeren Verkehr auf dem dienenden Gelände führt.¹³⁾

Eine wegeberechtigte Wiese wird neuerdings als Campingplatz benutzt mit entsprechend stärkerem Verkehr; kann der Wegeverpflichtete dem widersprechen?¹⁴⁾

Mieter von Garagen wollen das ihrem Wohngrundstück zustehende Wegerecht "zu gehen und fahren" voll ausschöpfen; sie sind der Auffassung, auch der Aufenthalt zum Waschen und Reparieren ihrer Autos sei durch die Dienstbarkeit gedeckt.¹⁵⁾

In die Kategorie Intensivierung der Grundstücksnutzung fällt auch die Entscheidung der Frage, ob auf Grund des servitutarischen Rechts, "...Eisenbahngleise zum Heranholen und Abholen von Wagen.." zu benützen, auch ein vorübergehendes Abstellen der Waggons zum Inhalt der Berechtigung gerechnet werden kann, wenn man die Waggons auf dem eigenen Grundstück beim Be- und Entladen anderer Waggons nicht mehr gebrauchen kann.¹⁶⁾

12) BGH LM § 1018 Nr.14

13) Österr.OGH ÖJZ 1966,349 f; vgl. auch BGH MDR 1958,592 ff u.Anm.Thieme MDR 1958,790

14) Österr.OGH ÖJZ 1963,658

15) BGH BB 1965,1125

16) BGH LM § 1018 Nr.4

Kann eine Gemeindeservitut auf "Nutzung einer Parkanlage" mit Aufkommen und allmählichem Anstieg des Fremdenverkehrs auch für eine Nutzung durch Auswärtige oder Kurgäste herangezogen werden?¹⁷⁾

Ist es zulässig eine Gemeindeservitut auf "Schöpfen von Wasser" später, nach Zunahme der Zahl der Gemeindebewohner, umfangmässig dahin zu erweitern, dass nunmehr auch das maschinelle Pumpen des Wassers erlaubt ist?¹⁸⁾

Schliesslich tauchte in der Rechtsprechung die Frage auf, ob eine Gemeindeservitut auf Benützung mehrerer Räume "für gemeindliche Zwecke" auch bei wesentlich gesteigertem Parteiverkehr, wie es sich nach Anwachsen der Gemeinde und Erweiterung der Gemeindekompetenzen ergab, noch in den mit der Dienstbarkeit belasteten Räumen ausgeübt werden darf.¹⁹⁾

b) Die bisher aufgeführten Beispiele erfassen die Fälle einer intensiveren Grundstücksnutzung, welche ohne grössere bauliche Veränderungen auf den beteiligten Grundstücken eintraten. Ebenso häufig sind jedoch Nutzungssteigerungen, die im Zuge baulicher Veränderungen auf den beteiligten Grundstücken sich ergeben. Hierbei sollen vorerst jedoch die Fälle ausser Betracht bleiben, in denen die Grundstücke dadurch eine grundlegende Änderung ihres Charakters erfahren.

17) RG SA 41 Nr.173

18) BayObLG 1959, 474 ff

19) BayObLG 1962, 24 ff

Für diese Gruppe von Veränderungen fanden sich folgende Beispiele:

Bei einem bäuerlichen Anwesen, dem eine Holznutzungsgerechtigkeit zusteht, wird ein zusätzliches Stockwerk aufgesetzt, dessen Räume an Sommerfrischler bzw. Wintergäste vermietet werden. Muss der höhere Holzbedarf von dem belasteten Grundstück getragen werden?²⁰⁾

Einem Wohnhaus, dem ein Wegerecht zusteht, wird ein weiteres Stockwerk aufgesetzt, das zu einer gesteigerten Jnanspruchnahme der Servitut führt.²¹⁾

Eine ähnliche Bedürfnissteigerung ergibt sich für ein Wegerecht, wenn neben dem Herrschaftshaus, dem die Servitut zusteht, ein Herrschaftsstall mit Kutscherwohnung errichtet wird.²²⁾

Zu einer stärkeren Jnanspruchnahme eines Wegerechts kann es auch kommen, wenn im Zuge eines Umbaues des Hauses, welchem das Wegerecht zusteht, ein Nebenausgang, über den das Recht abgewickelt wurde, nunmehr zum Haupteingang des Hauses wird.²³⁾

Auf einem Grundstück, welches mit einem Kaufhaus bebaut ist, wird zu Werbezwecken ein Kundenparkplatz errichtet; erfasst das für das Kaufhaus bestehende Wegerecht auf "Zufahrt, An- und Abtransport von Waren" auch den Verkehr zu dem Kundenparkplatz?²⁴⁾

20) St.M.H., S.552

21) vgl. Kohler a.a.O.S.219; St.M.H.,S.552 u.Fn 14; BGH NJW 1965,2341 ff

22) RG Recht 1917 Nr.58

23) OLG Stuttgart SA 55 Nr.68

24) BGH NJW 1967,246 f

Ein Zweigpostamt, für das der Reichspost ein Wegerecht zusteht, wird zu einem Zentralpostamt umgebaut mit entsprechend stärkerem Verkehr durch posteigene Fahrzeuge und Kunden.²⁵⁾

Einen Fall der Nutzungssteigerung in Form konzentrierterer Einwirkung auf das dienende Grundstück stellt es dar, wenn ein Haus, dem eine servitus stillicidii zusteht, von der Grundstücksgrenze zurückversetzt wird, sodass nunmehr der Tropfenfall nicht mehr unmittelbar auf das dienende Grundstück erfolgt, sondern erst auf das herrschende, von dem aus dann das sich dort sammelnde Wasser auf das dienende Grundstück abfließt.²⁶⁾

Wie sich die Umgestaltung eines Hauses auf das Bestehen eines Lichtrechts auswirkt, musste das BayObLG in einer anderen Entscheidung beurteilen.²⁷⁾ Auf einer wegeberechtigten Wiese wird eine Scheune errichtet, in der das auf der Wiese gemähte Gras sowie landwirtschaftliche Geräte aufbewahrt werden; muss der dadurch verstärkte Verkehr zu dem Grundstück geduldet werden?²⁸⁾

Auch das dienende Grundstück kann Veränderungen erfahren. Aus einer Kutscherkneipe entwickelt sich im Lauf der Zeit ein Hotel garni; muss das über das Grundstück der Kneipe führende Wegerecht nunmehr eingeschränkt werden?²⁹⁾

25) RG JW 1930, 3851 ff

26) BayObLG 8,396 ff

27) BayObLG 6,660 ff

28) vgl. Kohler a.a.O.S.219 m.Beispielen aus franz.Rspr.

29) vgl. Baur, Sachenrecht, S.275

c) Die in den beiden vorgenannten Gruppen aufgezeigten Fälle beinhalteten jeweils Nutzungsintensivierungen ohne grundlegende Umgestaltung der beteiligten Grundstücke in ihren wesentlichen baulichen Einrichtungen und insbes. in ihrer allgemeinen Zweckbestimmung. Als dritte Gruppe sollen nun die Fälle dargestellt werden in denen sich der allgemeine Grundstückscharakter im Laufe der Zeit ändert.

Den in dieser Gruppe weitaus häufigsten Fall bildet der Übergang von der landwirtschaftlichen zur gewerblichen bzw. industriellen Grundstücksnutzung. Es finden sich folgende Beispiele in der Rechtsprechung:

Eine wegeberechtigte Wiese wird Steinbruch.³⁰⁾

Auf dem wegeberechtigten Grundstück wird eine Ziegelei³¹⁾ oder eine Handelsgärtnerei³²⁾ errichtet, was naturgemäß einen verstärkten Verkehr zu den Grundstücken zur Folge hat.

Auf dem wegeberechtigten Grundstück wird eine Fabrik³³⁾ erbaut; es wird ein Lagergebäude für eine landwirtschaftliche Bezugs- und Absatzgenossenschaft errichtet;³⁴⁾ auf dem wegeberechtigten, früher landwirtschaftlich genutzten Grundstück wird ein Werkstattgebäude erstellt.³⁵⁾

Gilt ein Wegerecht auch für die Anlage von Eisenbahngleisen?³⁶⁾

30) BayObLG 22,70 ff

31) RG JW 1895,210

32) RG Gruchot 45,917 ff (Nr.63)

33) RG Recht 1912,Nr.3086; Recht 1913,Nr.1744;
BayObLG 7,535 ff; BayObLG SA 42,Nr.286;
BGH LM § 1018 Nr.10

34) BGH LM § 1018 Nr.5

35) LG Freiburg NJW 1960,1014

36) St.M.H.,S.550 u.Fn 27

Eine früher Weidezwecken dienende Wiese wird später zu einer Bleich- und Trockenanlage umgestaltet mit entsprechend stärkerer Ausnutzung des Wegerechts.³⁷⁾

Eine wegeberechtigte Wiese wird mit Ansteigen des Fremdenverkehrs zu einem Tennisplatz umgebaut; muss das ursprünglich landwirtschaftlichen Zwecken dienende Wegerecht die geänderte Nutzung dulden?³⁸⁾

Auf einer Wiese, für die eine Servitut auf Wasserzuleitung besteht, wird ein Fischteich angelegt; muss der dadurch gesteigerte Wasserbedarf geduldet werden? Wie ist zu entscheiden, wenn umgekehrt der Fischteich aufgeschüttet und fortan als Wiese benutzt wird?³⁹⁾

Ein wegeberechtigter Bauernhof wird in ein Kurhaus mit Hotelbetrieb umgewandelt.⁴⁰⁾

Ein Wegerecht, welches für ein ursprünglich mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück bestellt wurde, soll nach Umbau des Hauses in eine Fabrik⁴¹⁾ bzw. nach Umbau in ein Hotel⁴²⁾ verstärkt in Anspruch genommen werden.

Ein wegeberechtigtes Grundstück, das ursprünglich mit einer Remise bebaut war, erhält später anstelle der Remise einen Ausstellungsraum mit starkem Kundenverkehr.⁴³⁾

Welchen Einfluß der Umbau einer Villa hat, der eine Aussichtsgerechtigkeit zusteht, wird bei Kohler erörtert.⁴⁴⁾

37) RG JW 1895, 154

38) BGH LM § 1018 Nr. 14

39) vgl. Kohler a.a.O. S. 220 mit Beisp. aus franz. Rspr.; St.M.H., S. 551

40) BayObLG SA 42 Nr. 75

41) RG Recht 1919 Nr. 67

42) St.M.H., S. 550 mit Hinw. auf franz. Rspr. (Fn. 30)

43) Juris classeur a.a.O. Nr. 53

44) Kohler a.a.O. S. 222

Eine Untergruppe der Gruppe c) bilden die Fälle in welchen ein Grundstück bereits zur Zeit der Begründung der Dienstbarkeit gewerblich genutzt wurde, sich später jedoch Art und Umfang des Gewerbes änderten.

Hierher gehören folgende zur Entscheidung gelangten Fälle:

Auf dem wegeberechtigten Grundstück wird später statt Holzhandel Kohlenhandel betrieben;⁴⁵⁾ ein Kohlendepot wird später als Stallung und Weindpot genutzt.⁴⁶⁾

Eine Wassermühle, der ein Staurecht (Ehehafte) zusteht, wird später nicht nur zu Mahlzwecken sondern auch als Säge- und Elektrizitätswerk verwendet; dies führt zu einer wesentlich stärkeren Ausnutzung des Staurechts; muss der Belastete sich das gefallen lassen?⁴⁷⁾

Auf dem wegeberechtigten Grundstück wird später an die Stelle einer Werkzeugmaschinenfabrik eine Großgarage errichtet.⁴⁸⁾

Eine lithographische Kunstanstalt macht auf dem wegeberechtigten Grundstück einer Lebensmittel-großhandlung mit wesentlich gesteigertem Verkehr Platz.⁴⁹⁾

Auf dem wegeberechtigten Villengrundstück mieten sich anstelle einer Verlagsanstalt mehrere andere gewerbliche Betriebe an.⁵⁰⁾

45) RG Recht 1913 Nr.1744

46) Naegeli S.36 m.Hinw.auf OG Zürich

47) BayVGH, BayVBl. 1965,425/426

48) OGH HEZ 1,155 ff

49) BGH VRS 23,247 ff

50) BGH LM § 242 (D) Nr.41

Auf einem Bergwerksgrundstück, dem eine Wasserleitungsgerechtigkeit zusteht, wird später eine Papierfabrik errichtet, die einenerheblich stärkeren Wasserumsatz hat.⁵¹⁾

Auf einem wegeberechtigten Grundstück wird die bislang dort betriebene Werkstatt abgerissen und an deren Stelle werden Mietgaragen erbaut. Muss der Wegeverpflichtete diese geänderte Nutzung hinnehmen?⁵²⁾

Auch das dienende Grundstück kann im Laufe der Zeit seinen Charakter ändern.

So kann Brachland, Weideland, über welches eine Materialseilbahn auf Grund einer Dienstbarkeit geführt werden darf, später baulich erschlossen werden. Muss in einem solchen Fall der Betrieb der Seilbahn beschränkt oder die Erschliessung des Geländes eingeschränkt werden?⁵³⁾

Auf einem bisher unbebauten Ufergrundstück, welches mit einer Fischereigerechtigkeit belastet ist, wird eine Badeanstalt errichtet, welche naturgemäß die Interessen der Fischer in Mitleidenschaft zieht.⁵⁴⁾

Ein bisher unbebautes wegeverpflichtetes Grundstück wird mit einem Wohngebäude bebaut. In welcher Weise der Eigentümer des belasteten Grundstücks auf die bestehende Dienstbarkeit Rücksicht nehmen muss, insbes. in welchem Umfang seine Verfügungsgewalt auf Grund der Servitut eingeschränkt ist, musste sowohl vom RG als auch vom BGH entschieden werden.⁵⁵⁾

51) RG Recht 1913 Nr.1604

52) Schweiz.BGE 87,85 ff

53) BGH LM § 242 (D) Nr.31

54) RGRK 11.Aufl.(1963) § 1020 Anm.1

55) RG SA 64 Nr.152; BGH NJW 1963,807 ff

d) Nicht nur die baulichen Einrichtungen auf den beteiligten Grundstücken sind im Laufe der Zeit Veränderungen ausgesetzt, vielmehr kann sich auch der flächenmässige Umfang der Grundstücke ändern. Entsprechendes gilt auch für die beschränkt persönliche Dienstbarkeit, bei welcher sich der "Berechtigte" - jedenfalls soweit es sich um körperschaftliche Vereinigungen oder sonstige juristische Personen handelt - umfangmässig verändern kann.

Der Berechtigte kann zu dem herrschenden Grundstück weitere Grundstücke hinzuerwerben; dem herrschenden Grundstück können weitere Flächen zugeschrieben werden.⁵⁶⁾ Für das dienende Grundstück wird dieser Vorgang bedeutsam, wenn die dazu kommende Fläche in einem räumlich-wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem ursprünglichen Grundstück gebracht wird. So kann sich die auf dem ursprünglichen Grundstück befindliche Anlage (Gebäude, Fabrik) auch auf das dazuerworbene Grundstück ausdehnen. Darf die für das ursprüngliche Grundstück bestehende Servitut nunmehr auch für die neugeschaffene "Einheit" in Anspruch genommen werden?

Wie sind die eben geschilderten Fälle zu beurteilen, wenn die für das ursprüngliche Grundstück bestehende Servitut von Anfang an für das "Anwesen", die Wirtschaft "Einheit" bestellt war.⁵⁷⁾

Darf die wegeberechtigte Schneidemühle die servitutarisch gesicherte Zufahrt auch als Zufahrt zu einem später hinzuerworbenen Stapelplatz benützen?⁵⁸⁾

56) RG JW 1900, 677 ff (Nr. 48); RGZ 27, 164 ff; BGH NJW 1965, 2340 ff; vgl. auch Kohler a.a.O. 224/225; J.c.l.a.a.O. Nr. 55; Klang a.a.O. § 484 Anm. 2a

57) BayObLG SA 35 Nr. 277;
St.M.H., S. 553/554

58) RG JW 1900, 677 ff (Nr. 48); vgl. auch RG Recht 1919 Nr. 67/69

Für ein wegeberechtigtes Wohn- und Geschäftshaus werden auf einer hinzuerworbenen angrenzenden Parzelle Ställe bzw. Garagen errichtet. Kann das Wegerecht auch für den Verkehr zu den Garagen bzw. Ställen beansprucht werden?⁵⁹⁾

Welchen Einfluß die Teilung des herrschenden bzw. dienenden Grundstücks hat, ist im Gesetz selbst (§§ 1025 und 1026 BGB) vorgezeichnet.

Gesetzlich nicht vorgesehen ist wiederum der Fall, dass dem belasteten Grundstück eine weitere Parzelle zugeschrieben und möglicherweise räumlich-wirtschaftlich damit verbunden wird. So musste das RG entscheiden, ob und inwieweit sich eine Grunddienstbarkeit, welche die Errichtung eines bestimmten Wirtschaftsbetriebes verbot, auch auf ein später hinzuerworbenes unbelastetes Grundstück erstreckte, welches wirtschaftlich mit dem belasteten Grundstück einheitlich benutzt wurde.⁶⁰⁾

Wie beurteilt sich der Fall, wenn das hinzuerworbene unbelastete Grundstück nicht zu einer wirtschaftlichen Einheit mit dem belasteten Grundstück verbunden wird, gleichwohl aber von dem neuen Grundstück Beeinträchtigungen für die Servitut ausgehen.⁶¹⁾

e) Zu den Fällen entwicklungsbedingter Veränderungen auf den beteiligten Grundstücken ist auch der Wiederaufbau der auf den Grundstücken vorhandenen Anlagen nach einer Zerstörung zu rechnen. Damit soll allerdings nicht gesagt werden, dass kriegs- und katastrophenbedingte Zerstörungen ohne weiteres "entwicklungsbedingt" sind.

59) St.M.H. S.554

60) RG SA 86 Nr.150

61) Kohler a.a.O.S.226

Wird eine Grundstücksanlage zerstört, wird regelmässig der betreffende Grundstückseigentümer versuchen, die zerstörte Anlage wieder aufzubauen. Es kann dabei vorkommen, dass der Neubau von dem ursprünglichen Bau nach Art und Grösse erheblich abweicht; zumindest wird er moderner aufgebaut. Passt sich nun die ursprünglich vorhandene Dienstbarkeit ohne weiteres der neuen Lage an oder ist sie u.U. mit der Zerstörung der Anlage gegenstandslos geworden, sodass sie bei dem Wiederaufbau der Anlage nicht mehr von neuem wirksam werden kann. Der BGH musste bereits mehrfach zu solchen Fällen Stellung beziehen.⁶²⁾

Einen Unterfall dieser Gruppe, der allerdings Ausnahmecharakter besitzen dürfte, bildet der Fall, in dem bewusst auf den Wiederaufbau verzichtet wird, das Grundstück vielmehr in seinem zerstörten Zustand eine eigene, neue Bedeutung erhalten soll.⁶³⁾

62) vgl. zur beschr. persönl. Dienstbarkeit: BGHZ 7, 268; 8, 58; vgl. auch Anm. Ballerstedt SJZ 1948, 388 f; zur Grunddienstbarkeit: BGH NJW 1965, 2340 ff

63) vgl. Planungen bezügl. der Ruine des Bayer. Armee-museums in München; ein Fall, für den allerdings keine Rechtspr. vorliegt; hier soll bewusst die zerfallende Ruine als Mahnmahl für spätere Generationen konserviert werden.

2. Es leuchtet ein, dass Veränderungen auf den beteiligten Grundstücken Inhalt, Umfang oder Bestand von Grunddienstbarkeiten, die an diesen Grundstücken bestehen, beeinflussen können. Eine Reihe von Fällen zeigt jedoch, dass auch Veränderungen der Grundstücksumgebung -sei es ein unmittelbar benachbartes einzelnes Grundstück, sei es das gesamte Quartier oder die Landschaft, in denen sich das betreffende Grundstück befindet- eine für dieses Grundstück bestehende Grunddienstbarkeit in irgend einer Form berühren kann.

Folgende Beispiele finden sich in der Rechtsprechung: Eine Servitut des Inhalts, wonach "... kein Schatten auf das berechnigte Grundstück fallen dürfe...."

ist nicht nur von eventuellen Veränderungen auf dem belasteten Grundstück sondern überhaupt von allen Baumaßnahmen in der Grundstücksumgebung betroffen, welche geeignet sind, "einen Schatten zu werfen".⁶⁴⁾ (z.B. Bau von Hochhäusern)

Eine ursprünglich ausschliesslich "villenmässig" bebaute Wohngegend kann im Laufe der Zeit mit kleineren Gewerbebetrieben durchsetzt werden; die reine Wohngegend wird damit zu einem gemischt genutzten Wohngebiet. Inwieweit diese Entwicklung auf dem Willen der einzelnen Grundstückseigentümer beruht oder ob Ursache hierfür ein geändertes Bauplanungsrecht ist, kann dahin stehen; jedenfalls kann eine Villenservitut an einem in diesem Viertel liegenden Grundstück von dieser Entwicklung nicht völlig unberührt bleiben.⁶⁵⁾

64) RG SA 84 Nr.66

65) BGH, LM § 256 ZPO Nr.73; NJW 1967,1609 f;
KG JR 1963,18 ff

Auch durch öffentliche Baumaßnahmen, z.B. Bau einer Strassentrasse mit erheblicher Verkehrsbedeutung inmitten eines ursprünglich reinen Villenviertels kann der ruhige Charakter des Viertels insgesamt in Mitleidenschaft gezogen werden, was möglicherweise nicht ohne Einfluß auf eine Villenservitut ist.⁶⁶⁾

3. Mit der Fallgruppe 2 verwandt, wenn auch nicht identisch, sind die Veränderungen des öffentlichen Rechts. Hier ist vor allem an die Beziehungen zwischen öffentlichem Bauplanungs- und Baunutzungsrecht und "parallelen" servitutarisch gesicherten, meist für ganze Wohnviertel geltenden Bauklauseln zu denken.⁶⁷⁾ Wie sich die Umzonung eines früher reinen Wohngebietes in ein sogen. gemischt genutztes Gebiet auf eine bestehende Villenservitut auswirkt, diese Frage wurde vom KG, insbes. aber vom BGH erörtert.⁶⁸⁾

4. Eine vierte äußerst umfangreiche Gruppe entwicklungsbedingter Veränderungen bilden die Fälle, in denen sich die technischen und wirtschaftlichen Mittel ändern, welche im Zusammenhang mit einer bestehenden Servitut eine Rolle spielen. Bei den Benutzungsdienstbarkeiten (affirmative Dienstbarkeiten) sind dies die technischen Benutzungsmittel; bei den Verbotsdienstbarkeiten (negative Dienstbarkeiten) sind darunter die Gegenstände zu verstehen, auf die sich entweder das Verbot bezieht oder, die in Bezug

66) KG OLG 1931, 336 ff

67) vgl. allg. zum Verhältnis zwischen öffentl. Bau-recht und privaten Bauservituten die Dissertation von Zopfs; vgl. auch Naegeli S. 90

68) KG JR 1963, 18 ff; BGH NJW 1967, 1609 f; LM § 1019 BGB Nr. 2 Bl. 2

auf das Verbot eine wesentliche Bedeutung besitzen. Der weitaus am häufigsten vorkommende Fall findet sich bei den Wegerechten, wo -besonders bei den Rechten aus der Zeit vor 1900, als das Kraftfahrzeug noch weitgehend unbekannt war- immer wieder die Frage zu entscheiden war, inwieweit Rechte, die entweder ausdrücklich nur von "Pferd und Wagen" oder ähnlichen zeitentsprechenden Benutzungsmitteln sprachen oder zumindest mittelbar von einer solchen Art der Benutzung ausgingen, heute mit Motorfahrzeugen ausgeübt werden dürfen.⁶⁹⁾

Mit einer wesentlich weniger umwälzenden Veränderung musste sich das Landgericht Hof befassen; hier ging es nur um die Frage, ob ein Wegerecht heute mit einem Handkarren anstelle des früher üblichen Schubkarrens ausgeübt werden darf.⁷⁰⁾

Aber nicht nur bei Wegerechten können sich die Benutzungsmittel ändern.

Bei einer Leitungsservitut werden die ursprünglich verlegten Gasröhren im Zuge der technischen Modernisierung durch elektrische Leitungen ersetzt.⁷¹⁾

69) RG SA 94,7; RGZ 126,370 ff; RG JW 1930,3851 ff; OLG Hamburg HRR 1930,Nr.2063; OLG Königsberg HRR 1937 Nr.1442; OLG München HRR 1942,Nr.842 BGH NJW 1959,2059 f; BGH LM § 242 (D) Nr.41; OLG Hamm DRspr.I 154 Nr.31a; LG Stuttgart DRspr. I 154 Nr.22a; LG Freiburg MDR 1960,1014, LG Hamburg, Haus u. Wohnung 1954,390; Schuhmacher DAR 1938,77; Foag RdL 1957,285 ff; Mühl NJW 1956,1657 ff; Haegele RdL 1957,234 ff; Schweiz: BGE 88,85 ff; Trib.cant.Neuchâtel SJZ 1967,189; Naegeli S.11 ff.(13,14,15,16) jew. m.w.Hinw.

Österreich: OGH ÖJZ 1966,349 ff; vgl.allg.Klang, a.a.O.§ 484 Anm.2a;

Frankreich: Juris classeur a.a.O.Nr.18 u.Nr.39

70) BayJMB1 1955,21

(gelbes Bl.)

71) St.M.H. S.552

Ein Schöpfrecht wird später mittels eines metallenen Abflußrohrs oder mit einer Widderpumpe und mechanischen Pumpanlage ausgeübt.⁷²⁾

Zu dieser Gruppe von Veränderungen zählt auch der von Lüderitz⁷³⁾ referierte Fall aus dem amerikanischen Recht. Hier war zu entscheiden, inwieweit eine "deed" des Umfangs "... as can pass through two metallic apertures..." durch den Einbau konischer Rohre, welche einen stärkeren Wasserzufluß erlaubten "modernisiert" werden durfte.

Ein altes Fischerrecht an der Donau aus dem 14. Jahrhundert wird heute mit modernen Fanggeräten ausgeübt; muss die dadurch bedingte wesentlich stärkere Ausbeutung des Rechts geduldet werden?⁷⁴⁾

Verbotsdienstbarkeiten aus früheren Jahren verbieten vielfach etwas, was heute nicht mehr gebräuchlich ist. So sind früher übliche Nutzungsarten und Benutzungsmittel im Laufe der Jahre durch andere technische Verfahren und Mittel ersetzt worden. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, ob mit dem Einsetzen der Motorisierung das servitutarische Verbot eines "Stallgebäudes" ohne weiteres auch Kraftfahrzeug-Einstellhallen bzw. Garagen erfasste.⁷⁵⁾

Gilt das Verbot von "Dampfmaschinen" auch für den später an die Stelle der Dampfmaschine getretenen Gas- oder Elektromotor?⁷⁶⁾

72) OG Wolfenbüttel SA 22 Nr.119; BayObLG 1959,474 ff

73) Lüderitz S.433 u.Fn 4

74) OLG München, HRR 1942 Nr.347

75) RG Recht 1915 Nr.432; OLG Hamburg SA 73,Nr.136

76) Naegeli mit Hinw. auf OG Zürich (a.a.O.S.11 ff)

An die Stelle von Gebäuden, welche fest mit dem Erdboden verbunden sind, sind heute vielfach leicht transportable, zum Teil sogar fahrbare "Unterkünfte" getreten. Ein Schweizer Gericht hatte darüber zu befinden, ob ein Verbot von Ladengeschäften auch für den modernen "mobilen Verkaufswagen" gilt.⁷⁷⁾

5. Eine letzte Gruppe entwicklungsbedingter Veränderungen bilden die Fälle der Begriffs- und Geschmacks-wandlung: Allgemeine Vorstellungen auf die sich die Parteien bei Bestellung der Dienstbarkeit ausdrücklich oder konkludent bezogen haben, erfahren im Laufe der Zeit eine inhaltliche Wandlung.

Folgende Fälle gelangten zur Erörterung:

Eine wesentliche Rolle spielt der Begriff "Villa". Für die Parteien des 19. Jahrhunderts oder zu Beginn des 20. Jahrhunderts war dieser Begriff nicht nur Beschreibung eines bestimmten Baustils; dieser Begriff beinhaltete für sie vielmehr eine weitgehend klassenbedingte Wertung und Auffassung von Lebensstil, die von den Begründungsparteien nicht näher ausgeführt wurden, weil dieser Begriffsinhalt als selbstverständlich vorausgesetzt wurde. Ein heutiger Betrachter einer solchen "Villenservitut", vermag sich nur schwer in diese Vorstellungen der damaligen Parteien hinein zu denken.

Enthält eine solche Villenservitut lediglich eine Baubeschränkung, oder soll mit einer solchen Servitut auch eine bestimmte Art der Grundstücksnutzung gesichert werden.⁷⁸⁾

77) Schweizer BGE SJZ 1964, 269 f

78) Jm letzteren Sinne OLG Hamburg MDR 1963, 676; i.d.S. wohl auch Kohler A.c.P. 87 S. 157-169 (Gutachten); a.A. BGH NJW 1965, 2398; vgl. allg. Beispiele bei Naegeli S. 53, S. 57 ff; Schweizer BGE SJZ 1964, 60; KG JR 1963, 18 ff.

Kann mit einer Villenservitut ein Zweifamilienhaus⁷⁹⁾ oder gar ein im sozialen Prestige wesentlich tiefer stehendes, sozial gefördertes Reihenhaushaus in Einklang gebracht werden?

Bei Lüderitz⁸⁰⁾ finden wir einen Hinweis auf die Wandlung, welche der Begriff "tenement house" in Amerika durchgemacht hat. Galt diese Bezeichnung im vorigen Jahrhundert als primitive Unterkunft ärmerer Klassen, als "Quelle sozialen Übels", umfasst dieser Begriff heute auch mehrstöckige Häuser mit luxuriösen Appartements. Ähnliche Überlegungen stellen sich bei dem im deutschen Sprachbereich vielfach vereinbarten Verbot von "Mietskasernen" ein. Gilt dieses Verbot auch für die im sozialen Wohnungsbau erstellten Mietshäuser? Fallen möglicherweise auch sogenannte "Appartementshäuser" unter ein solches servitutarisches Verbot?⁸¹⁾

Wie beurteilt sich heute ein Verbot "lärmenden, ekel-erregenden usw. Gewerbes"⁸²⁾, ein Verbot, eine "Werkstatt" oder eine "Wirtschaft" zu unterhalten? Fällt auch ein an sich ruhiger Geschäftsbetrieb (z.B. ein Bankgeschäft) unter dieses Verbot?⁸³⁾

Was ist heute unter dem Begriff "... zu allen Haus- und landwirtschaftlichen Zwecken..." zu verstehen? Kann unter Umständen eine landwirtschaftliche Genossenschaft ein zu diesen Zwecken bestelltes Wegerecht in Anspruch nehmen?⁸⁴⁾

79) OG Zürich SJZ 1966, 285

80) Lüderitz S. 433

81) vgl. Naegeli S. 52 f mit Hin. auf OG Zürich

82) Schweiz.BGE SJZ 1965, 339, Anm. Liver in Z.d.Berner Jur.Verein. 1967, S. 12-14

83) vgl. Naegeli S. 58/60, 71; RG Recht 1914, Nr. 2457

84) BGH LM § 1018 Nr. 5

II. Die bisherigen Lösungen.

Vorbemerkung:

Die im vorhergehenden Abschnitt zusammengetragenen Grundfälle entwicklungsbedingter Veränderungen enthalten im wesentlichen sämtliche möglichen Fallgestaltungen; für die Vollständigkeit der Aufstellung spricht schon der Umfang des herangezogenen Materials. Diese Grundfälle gilt es nun im folgenden daraufhin zu untersuchen, wie Gesetzgeber, Rechtsprechung und Lehre zu ihnen Stellung bezogen haben. Denkbare Lösungen sind: Erlöschen der Dienstbarkeit, Unzulässigkeit der Ausübung der Dienstbarkeit, Modifizierung des Dienstbarkeitsinhalts und -umfangs im Hinblick auf die veränderte Situation oder "einfaches" Bestehenbleiben der Dienstbarkeit.

A. Die Lösungen nach deutschem Recht.

1. Gesetzliche Regelung.

Vorbemerkung:

Das BGB verlangt zur Begründung einer Grunddienstbarkeit neben der formlos gültigen dinglichen Einigung die Eintragung in das Grundbuch (§ 873 Abs.1 BGB). Die vor dem BGB in den deutschen Ländern möglichen Begründungsarten wurden vom BGB nicht übernommen.

Dem dinglichen Akt der Servitutenbegründung geht in der Regel ein -ebenfalls formlos¹⁾ gültiger- kausaler Bestellungsvertrag voraus.

Das Grundbuch weist Realordnung auf, das heisst in der Regel wird für jedes einzelne Grundstück ein Grundbuchblatt geführt (§ 3 GBO). Die Eintragung erfolgt auf

1) Mugdan, Materialien, Bd. III, S. 266: "Das für die Eigentumsübertragung vorgeschriebene Erfordernis des Abschlusses des Vertrages vor dem Grundbuchbeamten ist nicht aufzustellen für den Fall der Begründung von Servituten, da das Rechtsgeschäft der Servitutenbestellung minder wichtig ist und dessen strenge Formalisierung den Geschäftsverkehr erschweren würde."

dem Blatt des belasteten Grundstücks; sie ist für Inhalt und Umfang des Rechts maßgebend; die Vermutung des § 891 BGB und der Erwerb gemäß § 892 f BGB bauen auf die Eintragung auf. Die Grunddienstbarkeit kann aber auf Antrag auch auf dem Blatt des herrschenden Grundstücks vermerkt werden. Letztere Eintragung hat indessen nur nachrichtliche Bedeutung.²⁾

Gemäß § 874 BGB kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des eingetragenen Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. "Nähere Bezeichnung" besagt, dass der wesentliche Inhalt, d.h. die allgemeine rechtliche Natur und die besondere Art des Rechts aus der Eintragung selbst ersichtlich sein müssen.³⁾

Bei Rechten, die inhaltlich im Gesetz erschöpfend geregelt sind (z.B. Nießbrauch, Erbbaurecht, Vorkausrecht) genügt die bloße Benennung. Bei Rechten, deren inhaltliche Ausgestaltung -wie bei den Grunddienstbarkeiten- den Parteien überlassen ist, muss der Inhalt im Eintragungsvermerk umgrenzt sein, z.B. Wegerecht, Baubeschränkung usw.⁴⁾

Die Eintragungsbewilligung, auf die Bezug genommen werden darf, ist nur verfahrensrechtlich gemäß § 19 GBO vorgeschrieben; sie bedarf gemäß § 29 GBO der Form, nämlich Erklärung in öffentlicher Urkunde. Da die vorgeschriebene Form nur verfahrensrechtlich bedeutsam ist, gilt -wenn einmal ohne Beachtung der Form ein-

2) Henke-Mönch-Horber (=H.M.H.), GBO, § 9 Anm. 6 Fn. 4

3) RGZ 89, 153 ff (158/159); H.M.H. Anh. zu § 44, Anm. 2 C b

4) Palandt, Kommentar z. BGB, § 874, Anm. 3b (Hoche)

getragen ist - auch eine Bezugnahme auf privatschriftliche Urkunden als wirksam.⁵⁾ Diese Urkunde müsste dann zu den Grundakten genommen werden.

Das zulässigerweise in Bezug Genommene gilt als im Grundbuch eingetragen⁶⁾ und nimmt wie der Eintrag selbst am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil.

Über die Rechtsnatur der Eintragungsbewilligung herrscht Streit. Richtiger Meinung nach ist sie -zu- mindest auch- rechtsgeschäftlicher Natur; sie ist einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, gerichtet auf Herbeiführung und Rechtfertigung der Eintragung.⁷⁾ Wäre die Eintragungsbewilligung ausschliesslich verfahrensrechtliche Erklärung, könnte nicht hinreichend begründet werden, warum sie -wie im Gesetz vorgesehen- an der Inhaltsbestimmung des eingetragenen materiellen Rechts teilnimmt. Verwandte Fälle, in denen eine verfahrensrechtliche Erklärung unmittelbare materiellrechtliche Bedeutung besitzt, sind bekannt.⁸⁾

Auf Grund der Möglichkeit der Bezugnahme und der damit in Betracht kommenden ausführlichen Beschreibung des dinglichen Rechts erhält somit die Eintragung und damit verbunden die Auslegung der Eintragung bei der Lösung des Problems der Anpassung eine entscheidende Bedeutung. Dieser Umstand hat, -wie sich später zeigen wird- dazu geführt, dass die Frage der Servituten-Anpassung lange Zeit ausschliesslich als Frage der Auslegung der Grundbucheintragung verstanden wurde.

5) KG HRR 1931,1479; Pal.§ 874 Anm.4 (Hoche)

6) RGZ 113,223(229); H.M.H. § 44 Anh.2 C a; Pal.§ 874

7) RGZ 54,378(384); Anm.5a(Hoche)

H.M.H.§ 19 Anm.3; a.A.; Staud.Seuffert § 873

Anm.55 a; Hoche im Pal.§ 873 Anm.3a; vgl.Ertl,

DNotZ 1964,266;

8) vgl.Meinungsstreit z.Prozeßvergleich.

Im einzelnen bietet das BGB folgende gesetzliche Regeln an, die für das Problem der späteren Änderung der Umstände von Bedeutung sein können.

Ausdrücklich geregelt ist im BGB lediglich der Fall der Teilung des herrschenden bzw. des belasteten Grundstücks.

§ 1025 BGB:

Wird das Grundstück des Berechtigten geteilt, so besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Teile fort; die Ausübung ist jedoch im Zweifel nur in der Weise zulässig, dass sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird. Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteile, so erlischt sie für die übrigen Teile.

§ 1026 BGB:

Wird das belastete Grundstück geteilt, so werden, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einem bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt ist, die Teile, welche ausserhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei.

Im Zusammenhang mit einer Veränderung der Umstände haben noch allgemein folgende gesetzliche Bestimmungen des BGB Bedeutung.

§ 1019 BGB:

Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet. Über das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden.

§ 1020 Satz 1 BGB:

Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen.

§ 1023 BGB:

- I. Beschränkt sich die jeweilige Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks, so kann der Eigentümer die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle verlangen, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist; die Kosten der Verlegung hat er zu tragen und vorzuschiessen. Dies gilt auch dann, wenn der Teil des Grundstücks auf den sich die Ausübung beschränkt durch Rechtsgeschäft bestimmt ist.
- II. Das Recht auf die Verlegung kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Die gesetzliche Handhabe, Änderungen der Verhältnisse zu begegnen, erweist sich -wie die zitierten Regelungen zeigen- als recht dürftig. Ursache dieser mangelnden gesetzgeberischen Vorsorge ist der vom Gesetzgeber des Jahres 1896 gehegte Optimismus, in dem er Bedeutung und Möglichkeiten der Eintragung für die Inhaltsbestimmung der Dienstbarkeiten überschätzte. So heisst es in der Denkschrift des Reichsjustizamtes von 1896 auf Seite 207:

".... endlich wird die Eintragung zu einer erheblichen Verminderung der Rechtsstreitigkeiten auf diesem Gebiet (der Dienstbarkeiten) führen; denn unter allen Umständen wird durch die Eintragung das Bestehen, regelmässig auch der Inhalt der Dienstbarkeit ausser Zweifel gestellt...."

"..... Das Erfordernis der Eintragung hat überdies, indem es die Zulässigkeit einer Ersitzung ausschliesst, die für die Verhältnisse des Grundstücks günstige Folge, dass in Zukunft Grunddienstbarkeiten nicht mehr durch fortgesetzten Mißbrauch nachbarlicher Duldung erworben werden können...."

Diese Hoffnungen haben sich in der Folgezeit nur insofern bestätigt, als der Erwerb von Grunddienstbarkeiten allgemein in überschaubare Bahnen gelenkt wurde. Was jedoch die Feststellung des Inhalts der Servituten betrifft, wurde diese nunmehr zwar durch die Eintragung erleichtert, da sich die Parteien auf eine bestimmte Formulierung einigen mussten; diese Formulierung, aus der man auf den Inhalt schliessen konnte, geriet aber meist derart kurz, dass sie für sich allein nur einen Teil des von beiden Parteien Gewollten widerspiegelte; angesichts später veränderter Verhältnisse gab sie regelmässig überhaupt keine Anhaltspunkte mehr für den Willen der Parteien ab. Die Schwierigkeiten sind daher nicht -wie das Reichsjustizamt damals glaubte- beseitigt worden, vielmehr haben sich lediglich die Schwerpunkte dieser Schwierigkeiten verlagert: War früher zu ermitteln, ob überhaupt eine servitutarische Berechtigung bestand, womit meist auch die Frage des Umfangs der Berechtigung geklärt war⁹⁾, musste nunmehr einer vor Jahren veranlassten Eintragung ein Sinn auch für eine spätere Situation entlockt werden.

9) vgl. den altrechtlichen Grundsatz "quantum possessum tantum praescriptum"

Es wird sich allerdings erweisen, dass mittels Auslegung der Grundbucheintragung nur in einem Teil der Anpassungsfälle eine sachlich und methodisch befriedigende Lösung erreicht werden kann.

Bei altrechtlichen Servituten spielte die Eintragung keine besondere Rolle; es gab keinen Eintragungszwang. Auf welche Gegebenheiten hier die Anpassungsfälle trafen, wird unten^{9a)} dargestellt werden.

9a) vgl. unten S.52-57.

2. Der Wille des Gesetzgebers.¹⁰⁾

In den Motiven wird zur Auslegung von Dienstbarkeiten folgendes ausgeführt:¹¹⁾

".... Was die Auslegung des dinglichen Begründungsaktes anbelangt, so wird man, wenn es sich auch um einen streng formalisierten Vertrag handelt, doch nach der Regel des § 73 auch ausserhalb der formgerechten Willenserklärung liegendes Auslegungsmaterial behufs Ermittlung des Inhalts des die Begründung der Grunddienstbarkeit enthaltenden, aus dem Grundbuch ersichtlichen Rechtsgeschäfts benutzen dürfen..."

Die Einfügung einer gesetzlichen Auslegungsregel wird ausdrücklich abgelehnt. Diese ablehnende Haltung des Gesetzgebers findet sich nicht nur im Servitutenrecht, sie gilt vielmehr allgemein. Das BGB stellt sich damit bewusst in Gegensatz zu den älteren deutschen Kodifikationen und ausländischem Recht.

In den Motiven heisst es dazu an anderer Stelle:^{11a)}

".... Vorschriften dieser Art sind im wesentlichen Denkregeln ohne positiv-rechtlichen Gehalt; der Richter erhält Belehrung über praktische Logik"

Die Beratungen der Reichstagskommission sind gekennzeichnet von den Versuchen einiger ihrer Mitglieder, der Frage späterer Veränderungen auf dem herrschenden bzw. auf dem dienenden Grundstück durch Einführung einer gesetzlichen Regelung Rechnung zu tragen.¹²⁾

10) vgl. Forsthoff, Lehre einer allgemeinen Hermeneutik S.44 ff, wonach es einen exakt feststellbaren "Willen des Gesetzgebers" überhaupt nur in wenigen Ausnahmefällen gibt. Die Überschrift müsste daher korrekter lauten: Die maßgeblichen Erwägungen des Gesetzgebers. Der Ausdruck "Wille des Gesetzgebers" ist jedoch eingebürgert; ist man sich der Bedenken bewusst, erscheint seine Verwendung vertretbar.

11) Mugdan, Bd.III S.267

11a) Mugdan, Bd.I, S.437

12) Mugdan, Bd.III, S.732

So lag der RTK bei Beratung des § 1019 BGB (damals § 967) ein Antrag auf Einfügung eines § 967a vor, der wenigstens bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang sogenannter "ungemessener" Grunddienstbarkeiten richtungweisend hätte sein können.

Der Vorschlag lautete:¹³⁾

"Bei Grunddienstbarkeiten, für die Umfang bzw. Maß der Benutzung nicht bestimmt sind, hat der Berechtigte im Zweifel keinen Anspruch auf eine Benutzung des dienenden Grundstücks, welche den Bedarf des herrschenden Grundstücks übersteigt, noch auf den Mehrbedarf, welcher durch Änderung der Benutzungsart oder durch neue Anlagen auf dem herrschenden Grundstück entstanden ist."

Der Antrag wurde wie folgt begründet:¹⁴⁾

"... Für einzelne Grunddienstbarkeiten hätten die Landesgesetzgebungen nähere Bestimmungen getroffen (welche den Inhalt und das Maß ... näher bestimmen) vgl. ALR §§ 80 ff. I 22 wo dies nicht der Fall sei, müsse das Benutzungsrecht durch eine gesetzliche Auslegungsregel einer doppelten Beschränkung unterworfen werden. Zunächst müsse das Benutzungsrecht auf den Bedarf des herrschenden Grundstücks zur Zeit der Bestellung der Servitut beschränkt werden, ferner sei auszusprechen, dass die Benutzung nicht stattfinden dürfe zur Deckung des Mehrbedarfs, welcher nicht etwa durch eine intensivere Fortführung, sondern durch eine Änderung der bisherigen Benutzungsart oder durch neue Anlagen auf dem herrschenden Grundstück entstanden sei."

Der Antrag wurde von der Mehrheit der Kommission mit folgender Begründung abgelehnt:¹⁵⁾

13) Mugdan, Bd. III, S. 732

14) Mugdan, Bd. III, S. 733

15) Mugdan, Bd. III, S. 733; vgl. auch Planck, Sachenrecht, 1/2. Aufl. 1902, § 1018 Anm. 3

Zunächst:

"..... Der erste Teil des Antrags stelle den in Abs.2 des Entwurfs enthaltenen Grundsatz nur als Auslegungsregel auf. Dies sei nicht richtig, weil diesem Grundsatz ein absoluter Charakter zukomme....." 16)

Jnsoweit ist der Reichstagskommission zuzustimmen. Abs.2 heute § 1019 Satz 2 BGB bestimmt nämlich, dass das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks die Maximalgrenze für den Bestand und nicht nur für die Ausübung der Servitut bildet.

Die ablehnende Begründung übersieht aber, dass der Antrag nicht nur an die Stelle der Maximalgrenze in Abs.2 eine Auslegungsregel setzen wollte, sondern grundsätzlich jede Mehrbelastung über den Umfang hinaus, wie er zur Zeit der Bestellung bestanden hatte, späterhin ausschliessen wollte.¹⁷⁾ Auf diese Frage ist aber die RTK überhaupt nicht eingegangen, obwohl sie nicht nur für die ungemessenen sondern auch für die umfangmässig näher bestimmten Servituten eine wichtige Rolle spielt.

Hierzu bemerken die Protokolle lediglich:

"Für den Fall, dass eine Erweiterung der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks eintrete, sei eine Auslegungsregel gleichfalls nicht am Platze. Wenn der natürliche Betrieb, wie er zur Zeit der Begründung der Servitut auf dem herrschenden Grundstück bestanden habe, eine Erweiterung der Bedürfnisse bedinge, werde es regelmässig im Sinne des Begründungsaktes liegen, dass die Benutzung des dienenden Grundstücks auch zur Befriedigung dieser erweiterten Bedürfnisse stattfinden. Bezüglich derjenigen Änderungen der Benutzungsart, die nach dem auf dem herrschenden Grundstücke vorhandenen Betriebe nicht vorauszusehen waren, müsse dagegen das Umgekehrte gelten. Nach diesen Grundsätzen werde

16) Mugdan, Bd.III, S.733

17) vgl. Art.739 Schweiz.ZGB, Art. 702 franz.Cc.

sich auch die Frage beantworten, ob der Inhalt der Servitut sich auf denjenigen Mehrbedarf erstrecke, der infolge der Errichtung einer Anlage auf dem herrschenden Grundstück entstanden sei."

(Unterstreichungen vom Verfasser)

Diese Ausführungen der RTK stehen deutlich unter dem Einfluß der §§ 8 u. 71 I 22 ALR; lediglich an die Stelle der unzulässigen "willkürlichen" Änderungen sind nunmehr die "nicht voraussehbaren" Änderungen getreten.

Die Äusserungen der RTK sind auch nicht frei von Widerspruch, soweit die Einfügung der beantragten Auslegungsregel abgelehnt wird. Die Kommission verweigert einerseits die Belastung mit sogenannten ungemessenen Grunddienstbarkeiten die Hilfestellung einer Auslegungsregel, welche sich im ALR -inhaltlich ähnlich lautend- durchaus bewährt hat, stellt jedoch andererseits -gewissermassen inoffiziell- doch eine solche Regel auf. Indem die Kommission feststellt, welche Umstände bei der Inhaltsbestimmung von Bedeutung sind, gibt sie mittelbar zu, dass (auch) eine im Maße nicht festgelegte Grunddienstbarkeit der Auslegung bedarf und nicht kraft dispositiven Rechts eine nähere Bestimmung erfährt. Mit der Folgerung, „... es werde regelmässig im Sinne des Begründungsaktes liegen, dass ...“ stellt sie sodann die Weichen in Richtung "Auslegung". Auch wird der Maßstab für die „Anpassung“ genannt. Darnach müssen diejenigen Erweiterungen des Dienstbarkeitsumfanges, die im Rahmen des natürlichen Betriebes voraussehbar sind, geduldet werden. Das heisst, die Fälle der Nutzungsintensivierung, der baulichen Veränderungen einschl. Wiederaufbau auf dem herrschenden Grundstück

und die dadurch bedingten Bedürfnissteigerungen würden somit bei ungemessenen Dienstbarkeiten möglicherweise noch im Rahmen des Begründungsaktes liegen, also von der bestehenden Grunddienstbarkeit mitumfasst werden. Die RTK übersieht aber, dass sich auch bei ungemessenen Dienstbarkeiten, gerade weil eine gesetzliche Auslegungsregel fehlt, im Wege der Auslegung des Begründungsaktes durchaus konträre Ergebnisse erzielen lassen; dann nämlich, wenn man neben dem "natürlichen Betrieb" noch weitere, ausserhalb der Eintragung und dem "natürlichen Betrieb" liegende Umstände zur Auslegung der Eintragung heranzieht. Solche zusätzlichen Umstände lassen sich durchaus finden. Dass die Überlegung der RTK zu einseitig und zu eng war, ergibt sich bei natürlicher Betrachtung der Interessenlage bei Bestellung einer Servitut. Es wird nämlich nur in seltenen Ausnahmefällen eine Partei tatsächlich ein "ungemessenes" Recht, das uferlos Bedürfnissteigerungen zugänglich ist, einräumen wollen. Es ist eine von der RTK nicht näher bewiesene Behauptung, dass die sinngemässe inhaltliche Begrenzung einer ungemessenen Dienstbarkeit im "natürlichen Betrieb" und in dem darauf bezogenen möglichen Veränderungen seine Begrenzung findet. Die Weigerung der RTK eine Auslegungsregel in das Gesetz einzufügen, erstaunt auch deswegen, weil sich die in den gesetzlichen Regelungen aus der Zeit vor dem BGB befindlichen Auslegungsregeln zum Teil durchaus bewährt hatten. Zehn Jahre nach Inkrafttreten des BGB hat überdies der Schweizer Gesetzgeber die Notwendigkeit einer besonderen Auslegungsregel allgemein für die Servituten, -und nicht nur beschränkt für sogenannte

ungemessene Dienstbarkeiten- erkannt und sachentsprechend zu lösen versucht.

Unverständlich bleibt schliesslich die Verweigerung einer gesetzlichen Auslegungsregel durch die RTK angesichts der Tatsache, dass für das Gebiet der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit die Notwendigkeit einer gesetzlichen Auslegungsregel durchaus eingesehen und ihr in § 1091 BGB Rechnung getragen wurde. Die hier zum Maßstab genommenen "persönlichen Bedürfnisse" des Berechtigten können sich ebenso häufig ändern wie die Bedürfnisse des "natürlichen Betriebes" auf dem herrschenden Grundstück. Bei Einführung einer Auslegungsregel für Grunddienstbarkeiten, die auf dem natürlichen Betrieb abstellt, wäre daher nicht mehr Unsicherheit über den Inhalt und Umfang des Rechts zu erwarten gewesen als im Zusammenhang mit § 1091 BGB.

Tiefere Ursache dieser Weigerung dürfte eine Befürchtung dogmatischer Art gewesen sein. Indem man offiziell das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks zum Maßstab einer Dienstbarkeit machte, könnte das herrschende Grundstück "gewissermassen personifiziert" werden, der Gesetzgeber mithin den Anschein erwecken, er habe verkannt, dass ein Bedürfnis nur einer Person zugeschrieben werden könne.¹⁸⁾

Noch klarer heisst es in den Protokollen:¹⁹⁾

"... (eine Auslegungsregel der gewünschten Art)...
lege das Mißverständnis nahe, als ob das Bedürfnis des jeweiligen Besitzers, in welcher Art er auch das Grundstück benutzen möge, hinsichtlich des Umfangs der Grundgerechtigkeit entscheiden solle...."

18) Mugdan, Bd.III, S.268

19) Mugdan, Bd.III, S.752

Beide Bedenken hätten durch eine entsprechende Formulierung der gewünschten Auslegungsregel ausgeräumt werden können, sodass auch diese Überlegungen des Gesetzgebers nicht zwingend erscheinen.

Mittelbar beantwortet der Gesetzgeber in obigem Zusammenhang die Frage, welcher Art die "Voraussehbarkeit" sein muss, die zur Duldung einer Mehrbelastung des dienenden Grundstücks zwingt. Nachdem von einer Vorhersehbarkeit "nach dem auf dem herrschenden Grundstück vorhandenen Betrieb" die Rede ist, scheidet eine Duldungspflicht schlechthin gegenüber dem technischen und wirtschaftlichen Fortschritt, mit der gewissermassen immer gerechnet werden muss, aus. Die Voraussehbarkeit wird durch die Bezugnahme auf "den dem Grundstück imprägnierten Betrieb" ausdrücklich eingeschränkt auf die im Zusammenhang mit diesem Betrieb zu erwartenden Änderungen. Nicht beantwortet ist allerdings die weitere Frage, ob mit der Vorhersehbarkeit eine empirische, tatsächliche Erwartung der Parteien im Zeitpunkt der Bestellung der Servitut²⁰⁾ oder ob die objektive Erwartung, die ein Betrieb der vorhandenen Art vom Standpunkt eines vernünftigen -ausenstehenden- Beobachters für die Zukunft begründet, gemeint ist.

Mittelbar -gewissermassen e contrario- lässt sich den Äusserungen der RTK entnehmen, dass bei gleichbleibendem Bedürfnis auch eine Änderung der Benutzungsart oder die Errichtung neuer Anlagen auf dem herrschenden Grundstück -gleichgültig ob voraussehbar oder nicht- zulässig ist.

20) vgl. Biermann, Sachenrecht S.104, der einen vermuteten Parteiwillen in dieser Richtung annimmt.

Das Gebot "tunlichster Schonung" in § 1020 Abs.1 Satz 1 wird vom Gesetzgeber wie folgt kommentiert: 21)

"Vielleicht lässt sich die Beschränkung des Servitutberechtigten auf eine solche Art der Ausübung seines Rechts, welche die Interessen des Eigentümers des dienenden Grundstückes tunlichst schont, aus der Begrenzung des Rechtsinhaltes mit Rücksicht auf Zweck und Bedürfnis schon ableiten. Die Klarheit des Gesetzes würde indessen leiden, wenn jene Beschränkung nicht zum besonderen Ausdrucke gelangte"

Leider ist die vom Gesetzgeber gewünschte Klarheit nur bezüglich des ausdrücklich formulierten Gebots tunlichster Schonung, nicht aber für die Frage eingetreten, inwieweit durch dieses Gebot nur die Ausübung oder bereits der Inhalt des Rechts betroffen wird. Mit dieser Frage musste sich daher die Rechtsprechung mehrfach beschäftigen; sie neigt dazu, eine Inhaltsbeschränkung anzunehmen. 22)

In der RTK wurde dann versucht, das Gebot tunlichster Schonung gesetzlich näher zu bestimmen, da es nicht genüge, den Berechtigten lediglich zur "tunlichsten Schonung" der Interessen des dienenden Grundstücks zu verpflichten. 23)

"... Die Frage, ob eine gewisse Art der Ausübung der Gerechtigkeit im einzelnen Falle tunlich oder untunlich erscheine, sei ... schwer zu entscheiden; es bedürfe der Aufstellung eines mehr konkreten Maßstabes für die Bemessung der Grenzen der Ausübung. Als geeigneter Maßstab erscheine aber einzig und allein das wirtschaftliche Interesse des dienenden Grundstücks; der Berechtigte müsse demnach bei der Ausübung der Grundgerechtigkeit alles vermeiden, was den w i r t s c h a f t l i c h e n Bestand, die Erfüllung der wirtschaftlichen Bestimmung und eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des dienenden Grundstücks zu gefährden oder zu beeinträchtigen geeignet sei."

21) Mugdan, Bd.III, S.263

22) vgl. zuletzt BGH VRS 23,247; LM § 242 (D) Nr.31

23) Mugdan, Bd.III, S.734

Dem Antrag wurde jedoch nicht beigetreten mit folgenden Ausführungen: 24)

"...(Die Überlegungen) seien entnommen einem praktischen Bedürfnisse, welches speziell für Forst- und Feldgerechtigkeiten hervorgetreten sei. Es könne der Landesgesetzgebung überlassen bleiben, für diese besonderen Arten ... den Inhalt und das Maß dieser Gerechtigkeiten besonders zu bestimmen; Jedenfalls gehe es aber nicht an, gewisse Beschränkungen der Ausübung, die bei einzelnen Gerechtigkeiten im Interesse der Landeskultur angezeigt seien, ganz allgemein für alle Grundgerechtigkeiten vorzuschreiben. Insbesondere enthalte der Antrag eine viel zu weitgehende Beschränkung des Servitutberechtigten, wenn er schlechtshin jede Ausübung verbieten wolle, die eine Beeinträchtigung der Bewirtschaftung des dienenden Grundstücks zur Folge habe. Servituten würden in der Regel nur gegen Entgelt bestellt; in dem Entgelte liege der Ausgleich für die Beeinträchtigung, welche die Ausübung der Servitut event. auch für die Bewirtschaftung des dienenden Grundstücks zur Folge habe...."

Der RTK ist beizustimmen, wenn es die beantragte Präzisierung des Gebots als zu eng abgelehnt hat. Interessant ist der Hinweis auf das Entgelt, in dem regelmässig der Ausgleich für die Beeinträchtigung liege. Es fehlt jedoch in diesem Zusammenhang die weitere Überlegung, die hier anzuschliessen hätte, wie der Fall zu entscheiden sei, wenn ein Entgelt nicht vereinbart ist. Nicht beantwortet wurde auch die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn die Beeinträchtigungen, für die ein Entgelt vereinbart wurde, im Laufe der Zeit lästiger werden; kann dann eine Erhöhung des Entgeltes verlangt werden?

24) Mugdan, Bd.III,S.734

Führen Veränderungen auf dem herrschenden Grundstück regelmässig zu einer stärkeren Beeinträchtigung des dienenden Grundstücks, tendieren Veränderungen auf dem belasteten Grundstück meist dahin, das Recht des Servitutinhabers zu beschränken. Solche Veränderungen auf dem dienenden Grundstück in einen gesetzlichen Rahmen zu stellen, bemühten sich Mitglieder der RTK, indem sie zusätzlich zu bestimmen beantragten: 25)

„An dem dienenden Grundstücke darf der Eigentümer Umgestaltungen oder wesentliche Veränderungen insbes. Änderungen der bisherigen Benutzungsart, welche die Verbesserung oder Ertragserhöhung des Grundstücks bezwecken eigenmächtig nicht vorzunehmen, wenn dadurch die Ausübung der Grunddienstbarkeit gehindert oder vereitelt wird.“

Der Antrag wurde jedoch mit folgender Begründung - zu Recht - abgelehnt: 26)

„Der Antrag sei, soweit er richtig, selbstverständlich; aus dem Wesen der Servitut folge von selbst, dass der Eigentümer, soweit als das Recht des Servitutenberechtigten reiche, in seinem Rechte beschränkt sei. Andererseits erscheine die Aufnahme des ... vorgeschlagenen Zusatzes bedenklich, weil hieraus gewissermassen eine Ermächtigung des Servitutenberechtigten entnommen werden könnte, den Eigentümer des dienenden Grundstück in schikanöser Weise in der Benutzung seines Grundstücks zu hindern.“

25) Mugdan, Bd. III, S. 734

26) Mugdan, Bd. III, S. 734 unten (vor Abschnitt II)

3. Altrechtliche Grunddienstbarkeiten.

Gemäß Art.184 EG BGB

"... bleiben Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebendem Inhalt und Rang bestehen....."

Von dem Inkrafttreten des BGB an gelten jedoch für diese Grunddienstbarkeiten die Vorschriften der §§ 1020 - 1028 BGB.

Gemäß Art. 187 Abs.I Satz 1 EG BGB

".....bedarf eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung;"

Der zulässige, aber auch der im jeweiligen Falle geltende Inhalt einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit richtet sich somit nach dem alten Recht.

Die auf deutschem Boden in der Zeit vor dem BGB geltenden vier wichtigsten Rechtsgruppen¹⁾ kannten vier verschiedene Begründungsarten bei der Grunddienstbarkeit:

- a) Die ausdrückliche Bestellung,
- b) Die stillschweigende Bestellung (servitus per alienationem ipso facto),
- c) die Ersitzung,
- d) die unvordenkliche Verjährung.

Die Begründungsart der unvordenklichen Verjährung wurde allerdings nur im gemeinen Recht und im bayer. Landrecht anerkannt.²⁾

1) Gemeines Recht; Bayer. Landrecht; Preuss.Allg. Landrecht; Rhein.Recht.

2) vgl. Übersicht bei St.M.H. § 36 I-III.

Je nach Begründungsart ist die Inhaltsbestimmung altrechtlicher Grunddienstbarkeiten entweder Auslegung des ausdrücklich formulierten Begründungsaktes oder Feststellung tatsächlicher Verhältnisse, welche im Zusammenhang mit der Entstehung der Servitut Bedeutung besitzen.

1. Die Auslegung einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit erfolgt an Hand der zur Zeit der Rechtsbegründung geltenden Auslegungsregeln, da die Parteien diese Regeln kannten und sich ihnen unterworfen haben.³⁾ Damit gelangen die vielfältigen Auslegungsregeln des alten Rechts (vgl. Art. 65-74 I 4; Art. 252-269 I 5 Preuss. ALR; Art. 1156-1164 CC; § 18 IV 1 und § 12 III 2 Bayer. LR; Windscheid-Kipp, Pandekten 1900, § 84 S. 378 ff) zur Anwendung.⁴⁾

a) Von den an Ausführlichkeit nicht zu übertreffenden, aber auch nicht widersprüchlosen Regeln des Preuss. ALR seien als bedeutsam hervorgehoben:

§§ 65 u. 66 I 4, wonach auf die gewöhnliche Bedeutung von Worten und Zeichen zur Zeit der Erklärungsabgabe abzustellen ist.

Gemäß § 69 I 4 ist der besondere Sprachgebrauch maßgebend, der sich nach Beschaffenheit des Gegenstands entwickelt hat.

Gemäß § 74 ist in zweifelhaften Fällen die Willensäußerung so zu deuten, dass sie nicht ohne Wirkung bleibe.

Gemäß § 260 I 5 spricht bei Verträgen eine Vermutung für die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung.

3) So RGZ 131, 158 ff (170/171); ebenso Lüderitz S. 357 u. Fn 13; vgl. auch OLG Hamm DRspr. 154 Bl. 31 a; Staud. Ring, BR, Vorbem. Nr. 17 vor § 1018.

4) vgl. auch unten S. 54

Nach § 267 ist anzunehmen, dass ungewöhnliche Vorteile nicht eingeräumt sind.

Gemäß § 266 sind zweideutige Ausdrücke gegen den zu verwenden, der sich ihrer bedient hat.

Gemäß § 268 sind -äussersten Falls- zweifelhafte Stellen so zu klären, wie sie den Verpflichteten am wenigsten lästig sind.

Grunddienstbarkeiten, welche nach Maß und Modalität der Ausübung unbestimmt sind (sogen. ungemessene Dienstbarkeiten) werden gemäß § 71 I 22 inhaltlich wie folgt näher bestimmt:

".... Dagegen kann (der Berechtigte), wenn sein Recht nicht auf einen gewissen bestimmten Zweck ausdrücklich eingeschränkt ist, sich des Weges zu allen seinen Bedürfnissen ohne Unterschied, nicht aber zu ganz neuen Anlagen (§ 8) bedienen....." 5)

In § 8 I 22 ist folgendes bestimmt:

".... Durch willkürliche Veränderungen in Gestalt, Hauptbestimmung oder Nutzungsart kann niemand den anderen zu dinglichen Einschränkungen verpflichten...."

- b) Dem Preuss. ALR vergleichbare -wenn auch nicht so ausführliche- Regelungen zur Auslegung finden sich auch im Gemeinen Recht, Bayer. Landrecht und im Rhein. Recht^{5a)}. Eine dem § 71 I 22 Preuss. ALR entsprechende Regelung fehlt jedoch in allen drei Rechtsgruppen.

5) vgl. auch § 203 I 22 Preuss. ALR für Holznutzungsgerechtigkeiten.

5a) vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten 1900, § 84 S. 378 ff; § 18 IV 1 u. § 18 III 2 Bayer. LR; Art. 1156-1164 franz. Cc.

2. Der Inhalt und Umfang einer stillschweigend begründeten Dienstbarkeit richtet sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, wie sie zur Zeit der Entstehung der Servitut bestanden. Nicht die spezielle Art, wie zum Beispiel bei zwei Wiesengrundstücken, von denen das eine nur über das andere zugänglich ist, der frühere Eigentümer der beiden Grundstücke das eine zum Vorteil des anderen benutzte, ist dabei für den Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit maßgebend, vielmehr entscheidet das wesentliche Bedürfnis des herrschenden Grundstücks im Zeitpunkt der Abveräusserung. Was wesentliches Bedürfnis ist, bestimmt sich nach dem tatsächlichen Zustand in seiner charakteristischen Ausprägung, dessen Fortbestand durch die Dienstbarkeit gesichert werden soll. Diese Grundsätze gelten für alle vier Rechtsgruppen.⁶⁾

3. Die Voraussetzungen der Ersitzung einer Dienstbarkeit unterscheiden sich zwar in den verschiedenen Rechtsgruppen bezüglich gewisser Formalien,⁷⁾ der Inhalt und Umfang des Rechts richtet sich jedoch in allen vier Gruppen nach dem Besitzstand während der Verjährungszeit: "tantum praescriptum quantum possessum". Bei Anwendung dieses Grundsatzes ist allerdings nicht für jede denkbare Möglichkeit der Dienstbarkeitsausübung eine Ausübungshandlung erforderlich; auch darf man sich nicht ängstlich an nebensächliche Einzelheiten klammern. Vielmehr ist das Charakteristische der Ausübungshandlung herauszugreifen und darnach der Wille der Parteien zu bestimmen.⁸⁾

6) vgl. St.M.H. § 36 I 4 a.E.; M.Ring § 32 I 3 a.E.;
vgl. auch Juris classeur Art. 696-702 Anm. Nr. 9

7) vgl. St.M.H. § 36 II 1-3; M.Ring § 32 II; BayObLGZ 1962, 70 (77);

8) vgl. St.M.H. § 36 II 4; M.Ring § 32 II 2.

4. Während die "unvordenkliche Verjährung" nach dem gemeinen Recht lediglich eine Rechtsvermutung für das Bestehen einer Servitut begründete,⁹⁾ ist die unvordenkliche Verjährung nach dem Bayer.LR ein selbständiger Erwerbstitel.¹⁰⁾ Inhalt und Umfang einer auf diese Weise erworbenen Servitut richten sich danach, inwieweit eine ununterbrochene Rechtsausübung seit unvordenklicher Zeit festgestellt werden kann. Wie bei der Ersitzung kommt es auch hier nicht auf Einzelheiten sondern auf das Charakteristische der betreffenden Ausübungshandlung an.¹¹⁾

Grundsätzlich gelten diese inhaltsbestimmenden Regeln nur für Dienstbarkeiten, die bis zum Inkrafttreten des BGB entstanden waren. Dieser Grundsatz erleidet jedoch gewisse Einschränkungen.

Bei "stillschweigender Bestellung" einer Servitut kann sich der Erwerb -wenn der sie vergegenständlichende tatsächliche Zustand bereits vor 1900 vorhanden war- auch noch nach diesem Zeitpunkt vollenden. Die Trennung der Grundstücke ist lediglich Bedingung dafür, dass die tatsächliche und rechtliche Widmung der Grundstücke zum "Vollrecht" der Grunddienstbarkeit erstarkt.¹²⁾

9) St.M.H. § 36 III; M.Ring, § 32 III;

10) §§ 9 f II 4 Bayer.LR; M.Ring, § 32 III;

11) M.Ring a.a.O.

12) RGZ 72,273; JW 1910,60; Hodes Anm.zu LG Wuppertal in NJW 1962,1017. Die betr.Entscheidung des LG Wuppertal ist zwar nicht in der Begründung jedoch im Ergebnis richtig. Hodes verkennt, dass das klagegegenständliche Wegerecht eine "servitude discontinue" ist, wie dies ausdrücklich in Art.688 Abs.II Cc bestimmt wird. Eine stillschweigende Bestellung ist jedoch nach Art.692 Cc nur bei "servitudes continues et apparentes" zulässig; ausserdem wird für diese Bestellungsart gemäß Art. 694 Cc noch ein "signe apparent" verlangt. (so auch St.M.H. § 36 I 4 S.623 letzter Absatz). Diese Voraussetzungen lagen aber im Fall des LG Wuppertal nicht vor.

Die Ersitzung und die unvordenkliche Verjährung müssen grundsätzlich bei Jnkrafttreten des BGB vollendet sein. Bei Grunddienstbarkeiten im Sinne von § 1018 BGB genügt jedoch Vollendung des Erwerbs bis zu dem Zeitpunkt, an dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.¹³⁾ Spätestens mit Jnkrafttreten der Grundbuchverfassung sind also diejenigen Dienstbarkeiten, die durch stillschweigende Bestellung, Ersitzung und unvordenkliche Verjährung entstanden, inhaltlich "festgelegt" und gewissermassen in ihrem Jnhalt erstarrt. Etwaige spätere inhaltliche Veränderungen der nach dem alten Recht entstandenen Servituten richten sich nach dem neuen Recht des BGB. Zwar wird eine elastische Handhabung der altrechtlichen Auslegungsregelungen bzw. eine großzügige Anwendung der für die Jnhaltsbestellung maßgeblichen Kriterien eine gewisse Hilfe bieten; diese Methode kann jedoch nur in einigen wenigen Fällen entwicklungsbedingter Veränderungen tatsächlich eine Lösung vermitteln. Es gilt daher für die altrechtlichen Dienstbarkeiten eine Methode der Anpassung zu finden, die sich aus/dem neuen Recht des BGB ergibt.¹⁴⁾

13) St.M.H. § 36 II; M.Ring § 32 III;

14) vgl. Ansätze dazu in LG Stuttgart DRspr.154 Nr.22a; OLG Hamm DRspr.154 Nr.32 a; BayObLGZ 1962,24 ff (35/36)

4. Rechtsprechung und Lehre seit Inkrafttreten des BGB.

Vorbemerkung:

Fälle entwicklungsbedingter Veränderungen tauchten zwar in der Rechtsprechung häufig auf; die Eigenständigkeit der Problematik wurde jedoch bei den Dienstbarkeiten erst allmählich entdeckt. Ein sämtliche Fallgruppen erfassender Überblick wurde bis heute nicht erstellt. Früh bekannt waren die Fälle der Bedürfnissteigerung des herrschenden Grundstücks. Sie waren zum Teil bereits in den Kodifikationen aus der Zeit vor dem BGB geregelt. Der Gesetzgeber des BGB hat sich in den Materialien mit dieser Frage eingehend beschäftigt.¹⁾

Mit zunehmender technischer Entwicklung tauchte etwa ab 1910 die Frage auf, inwieweit Servituten aus früherer Zeit, welche zum Teil ausdrücklich für bestimmte technische Mittel bestellt waren, nunmehr auch für die neuen technischen Mittel (z.B. Kraftfahrzeug, neue Maschinen) gelten. Die fortschrittsbedingten neuen Mittel erwiesen sich dabei vielfach als wesentlich lästiger im Vergleich zu den früher benutzten Mitteln.

Die Fälle der Veränderungen auf dem belasteten Grundstück sowie der Veränderungen der Grundstücksumgebung und der Grundstücksgesetzgebung gelangten erst in den Jahren nach dem zweiten Weltkrieg zur höchstrichterlichen Entscheidung. Schliesslich wurde erst in den letzten Jahren erkannt, dass gewisse "feststehende" Begriffe, die im Zusammenhang mit einer bestehenden Servitut von Bedeutung waren, auf Grund der veränderten Zeitanschauungen eine inhaltliche Wandlung erfahren haben.

1) vgl. bereits § 71 I 22 ALR; vgl. oben S. 41 ff;
vgl. auch Kohler, Beiträge a.a.O.

Auf Grund dieses Verlaufs der Dinge erschien es wenig ratsam, die Rechtsprechung in ihrer chronologischen Abfolge, gewissermassen von Entscheidung zu Entscheidung darzustellen. Ein solches Vorgehen hätte die Gefahr von Wiederholungen gebracht, insbesondere dann, wenn man die Darstellung nach Fallgruppen getrennt zeitlich gestaffelt hätte. Die in Rechtsprechung und Lehre erarbeiteten Lösungswege besitzen vielfach für mehrere Fallgruppen zugleich Gültigkeit. Es erschien daher der Sache dienlicher, die grosse Linie der Rechtsprechung und Lehre aufzureissen und lediglich dann nach Fallgruppen zu trennen, wenn tatsächlich verschiedene Lösungen für die einzelnen Gruppen in Betracht gezogen wurden.

a) Anpassung durch Auslegung.

In den Motiven und in den Protokollen zum BGB wurde an Rechtsprechung und an Lehre der Weg vorgezeigt, der bei Zweifeln über Inhalt und Umfang einer Grunddienstbarkeit angesichts später eingetretener Veränderungen Klärung bringen sollte: Die Auslegung des Begründungsaktes. Rechtsprechung und Lehre sahen sich hierbei einer besonders prekären Lage gegenüber, da im Rahmen der gesetzlichen Servitutenregeln des BGB spezielle Auslegungshilfen fehlen. Man nahm daher sehr bald Zuflucht zu den Auslegungsregeln im allgemeinen Teil des BGB, zu § 133 und § 157 BGB.

Nach § 133 BGB ist "bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften."

Gemäß § 157 BGB "sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Der auszulegende "Begründungsakt" bei Grunddienstbarkeiten ist aber nicht einfach "Willenserklärung" oder "Vertrag" im Sinne von § 133 bzw. § 157 BGB; der Begründungsakt besteht vielmehr -neben dem "kausalen" Bestellungsvertrag- auf der dinglichen Seite aus Einigung und Eintragung in einem öffentlichen Register.²⁾

Die Durchsicht der Rechtsprechung und Lehre zeigt, dass unter Auslegung des Begründungsaktes immer nur die Auslegung der Eintragung im Grundbuch verstanden wurde. Dies ist verständlich, da die formlos gültige Einigung,

2) Zur Eintragung gehören auch die zulässigerweise in Bezug genommenen Urkunden; vgl. oben S.36/37.

deren Vorliegen nicht einmal bei der Eintragung nachgewiesen werden muss,³⁾ gegenüber der Eintragung, die förmlich über den Inhalt und Umfang des Rechtes Auskunft gibt, keine eigenständige Bedeutung besitzt. Die Eintragung ist daher unter diesem Aspekt bevorzugter Bezugspunkt der Auslegung geworden.

Es leuchtet ein, dass eine Auslegung, die sich lediglich an der Eintragung orientiert, nur in wenigen Fällen späterer Veränderungen eine klare Lösung gibt.

Die Frage, die Rechtsprechung und Lehre beschäftigte, ging daher dahin: welche Umstände ausserhalb der Eintragung erlauben einen sicheren Schluß auf den tatsächlichen Willen der Parteien. Je breiter nämlich die Materialbasis der Auslegung war, desto wahrscheinlicher konnte der unklare Wille der Parteien aufgehehlt werden. Das galt umsomehr bei der Auslegung von Rechten, die an spätere Veränderungen angepasst werden sollten. Erstaunlicherweise hat aber das Reichsgericht längere Zeit, nämlich von 1917 bis Anfang der dreissiger Jahre, versucht, eine enge Auslegungspraxis mit der Anpassung an entwicklungsbedingte Veränderungen in Einklang zu bringen; diese Rechtsprechung ist jedoch gescheitert.

3) grundbuchrechtlich wird lediglich eine förmliche Eintragungsbewilligung des Betroffenen verlangt

Die Anwendbarkeit der §§ 133 und 157 BGB auf die Auslegung von Grundbucheintragungen hat das Reichsgericht bereits früh zugelassen.⁴⁾ Das Reichsgericht hat dabei die beiden Auslegungsbestimmungen direkt angewandt, was von der Systematik des BGB her gesehen vertretbar ist. Bedenklich erscheint diese Praxis jedoch, wenn man sich vergegenwärtigt, dass § 133 BGB von der Auslegung von "Willenserklärungen" und § 157 BGB von der Auslegung von "Verträgen" sprechen; unter diesem Blickwinkel hätte eine nur sinngemäße Anwendung der betreffenden Bestimmungen näher gelegen.

Zu einer direkten Anwendung der allgemeinen Auslegungsbestimmungen gelangt man nur dann, wenn man -wie Wolff-Raiser-⁵⁾ Einigung und Eintragung als den "dinglichen Vertrag" ansieht, den Staatsakt der Eintragung also noch innerhalb des dinglichen Rechtsgeschäfts ansiedelt.

aa) Was die Frage der bei Auslegung der Eintragung zu berücksichtigenden Umstände anbelangt, hat das RG anfänglich -in Übereinstimmung mit den Motiven durchaus auch ausserhalb der Eintragung liegende Umstände wie Lage des Grundstücks, Absichten der Parteien usw. neben dem Wortlaut, teilweise sogar "gegen" den Wortlaut der Eintragung berücksichtigt und ist damit zu sachlich vertretbaren Ergebnissen gelangt. So führte das Reichsgericht⁶⁾ im Fall einer Grunddienstbarkeit, welche die Errichtung eines "Stallgebäudes" verbot, aus:

4) vgl. RG LZ 1917, 918; RG HRR 1928, 2079 spricht bereits von einer ständigen Rechtsprechung

5) Wolff-R. § 38 II 2

6) RG Recht 1915 Nr. 432

„.... Immerhin lässt der Wortlaut "Stallgebäude" die Beziehung auf Gebäude zu, die nur Räume zur Unterbringung von Wagen enthalten. Mit Recht legt aber das Berufungsgericht auch Gewicht auf die Absicht der Parteien, die man erkennbar mit der Bestellung der Grunddienstbarkeit verfolgte und auf den Zweck, den man erreichen wollte, indem es die Lage der Grundstücke in einem Villenviertel betont und darauf die Absicht der Eigentümer der beteiligten Grundstücke, ein ungestörtes Wohnen zu sichern und den Zweck entnimmt, den Blick in die Gärten nicht durch Nebengebäude behindern zu lassen...."

Das Verbot eines "Betriebes ungewöhnlich lärmender Gewerbe und des Baues von Arbeitshäusern" dehnte das RG⁷⁾ auch auf die Errichtung eines Säuglingsheimes aus, in dem es den Zweck der Dienstbarkeit (Wahrung der Eigenschaft von ruhigen und vornehmen Wohnstätten) in den Vordergrund stellte, den es aber sicherlich nicht aus dem Wortlaut der Eintragung alleine, sondern nur auf Grund einer Würdigung der tatsächlichen Grundstücksverhältnisse (Wohnatmosphäre, Bevölkerungsstruktur) entnehmen konnte.

Zu einer Beschränkung auf den Wortlaut der Eintragung gelangte das OLG Hamburg⁸⁾ bei einem servitutarischen Verbot, wonach "kein Stall und keine Mistgrube angelegt werden" durfte, durch -wenn auch nicht ausdrückliche- Würdigung der Grundstücksverhältnisse bei der Auslegung. Es war zu entscheiden, ob auch der Bau einer Autogarage durch dieses Verbot erfasst werde. Trotz der allgemeinen Tendenz, "Stall" nach Aufkommen der Automobile auch auf "Garagen" hin zu modernisieren, liess das OLG hier -im Ergebnis wohl zu Recht- den

7) RG Recht 1914 Nr. 2457

8) OLG Hamburg SA 73, Nr. 136

Bau der Garage nicht unter das Verbot fallen, indem es argumentierte:

"... dass bestimmt ist, es dürfe auch keine Mistgrube angelegt werden, deutet darauf hin, dass sich der Verkäufer gerade gegen Belästigung dieser Art (Mistgeruch, Fliegenplage) schützen wollte...." 9)

Diese Entscheidung ist auch hier nicht ohne eine -wenn auch nicht ausdrücklich vorgenommene- Würdigung der Lage des Grundstücks und des Charakters der Grundstücksumgebung möglich. "Stall" und "Mistgrube" könnten nämlich sinnentsprechend durchaus auch in Richtung eines Verbots der Autogarage und der durch diese Art der Nutzung hervorgerufene Belästigung (Geruchsbelästigung, Lärm) interpretiert werden und nicht -wie geschehen- nur als Ausschluss ausgesprochen landwirtschaftlicher Nutzung.¹⁰⁾

- bb) Eine "neuere Rechtsprechung"¹¹⁾ setzte mit einer Entscheidung des RG im Jahre 1917 ein¹²⁾, in der das RG unter Bezugnahme auf eine unveröffentlichte Entscheidung vom 10.2.1904¹³⁾ verlangte, dass Grundbucheintragungen -im vorliegenden Falle eine Vormerkung- "streng nach dem Wortlaut der Eintragung auszulegen sind, gleichviel, was die das Rechtsgeschäft schliessenden Personen für sich gemeint oder gewollt haben".

Das RG führte damit eine Art "teleologische Reduktion" der allgemeinen Grundsätze ein. Es argumentierte:

-
- 9) vgl. Naegeli S.69, der dieses Urteil nicht ganz folgerichtig unter die Kategorie "Auslegung nach dem Wortlaut" einreicht
- 10) Zustimmend zu dieser Rechtsprechung: Meisner, Nachbarrecht in Bayern, 3.Aufl.1923 S.425
- 11) so ausdrücklich RGZ 131,157 ff(167/68); Westermann DNotZ 1958,259 ff
- 12) RG LZ 1917,917
- 13) Akt.Z: V 337/03; vgl.RGRK 8.Aufl.1934 § 133 Nr.1 S.200

"....sodann gilt aber jener Grundsatz, dass der Vertragswille der Beteiligten maßgebend ist und bleibt für den Inhalt des Rechtsgeschäfts, mag er auch in der Urkunde darüber nur einen unvollkommenen Ausdruck gefunden haben, der Natur der Sache nach nicht für Geschäfte, durch die dritte Personen gebunden werden sollen, die an der Vereinbarung nicht teilgenommen haben: insbesondere nicht für Rechtsgeschäfts und Verträge, wodurch dingliche Verpflichtungen begründet werden, die eine unbestimmte Reihe von Eigentümern -dritte Personen, die an dem begründenden Rechtsgeschäft selbst nicht beteiligt sind- gebunden werden sollen, die den Inhalt ihrer Verpflichtung nur aus der darüber geschaffenen Urkunde schöpfen können...."

Interesse verdient auch die vom RG in diesem Zusammenhang gezogene Parallele:

"....Wie schon bei Verträgen, die unter Abwesenden geschlossen wurden, jener Satz nicht gilt, weil hier Treu und Glauben im Verkehr eine klare, unzweideutige Erklärung erfordern, und wie deshalb hier das Geschäft nur so Geltung erlangen kann, wie es der Abwesende nach der ihm vorliegenden Verlautbarung auffassen muss, sofern nicht eine Einigung über eine andere Auffassung stattgefunden hat, so ist auch für den dingliche Rechte begründenden Vertrag der Inhalt des dinglichen Rechts nur so auszulegen, wie ihn jeder der dinglichen Verpflichteten aus der ihm als Grundlage der Verpflichtung dienenden Vertragsurkunde entnehmen muss."

Durch dieses Urteil, das übrigens ein vor Einführung des Grundbuchzwangs begründetes Recht betraf, wurde die Rechtsprechung für die Folgezeit "fehlgeleitet".¹⁴⁾ Erst Anfang der dreissiger Jahre pendelte sich die Rechtsprechung allmählich wieder auf ein weniger extremes Maß ein.

Im Urteil vom 23.2.1925¹⁵⁾ bestätigte jedenfalls das RG seine strang dem Wortlaut der Eintragung folgende Auslegung, in dem es eine als "Durchfahrtsrecht" eingetragene Servitut aus dem Jahre 1912 in Anwendung der gesetzlichen Auslegungsregeln in §§ 133/157 BGB dahin interpretierte, dass das Recht "zu gehen" damit ausgeschlossen sei.

Weit weniger formalistisch -und wohl im Ergebnis richtig- zeigte sich 2 Jahre vor dieser Entscheidung noch das OLG Rostock¹⁶⁾, welches feststellte, dass ein "Durchfahrtsrecht" in Zweifel auch das Durchgangsrecht beinhaltet.

Das RG hat bei seiner Entscheidung übersehen, dass die "Natur der Sache", der es zum Durchbruch verhelfen wollte, gerade die vom RG gewählte Auslegung als zu formalistisch ausschliesst. Die Entscheidung des RG widerspricht auch dem "Wortlaut" von § 133 BGB, wonach nicht am buchstäblichen Sinne einer Erklärung gehaftet werden darf.

Diese enge Auffassung des RG, die allgemein für die Auslegung von Grundbucheintragungen verlangt wurde, kehrte mit geringen Modifikationen in einer langen Reihe von Entscheidungen wieder.¹⁷⁾

14) Luderitz S.309

15) SA 79, Nr.117

16) OLG Rostock SA 77, Nr.32

17) RG HRR 1928 Nr.2079 (Wegerecht); RG SA 82 Nr.175 (Hypothek); RG SA 64 Nr.66 (altrechtl.Hamburger Baubeschränkung); RG JW 1930,3851 ff(Wegerecht); RG SA 86 Nr.150 (Servitut,Gewerbeverbot); RG JW 33,605 ff(Rangvorbehalt); RG HRR 1931 Nr.398(Vormerkung); RGZ 136,232 ff(Hypothek)

Bei einer solchen Praxis scheidet -das liegt auf der Hand- die Auslegung als Möglichkeit aus, veränderten Umständen Rechnung zu tragen. Unabhängig von dieser Zwecküberlegung ist jedoch die Auffassung des RG in seiner extrem einseitigen Betonung des Wortlautes schon aus allgemeinen Gründen nicht haltbar.

Es ist nicht möglich, -das gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Eintragung kein eindeutiges Bild vermittelt-, eine Urkunde oder eine Eintragung ausschliesslich nach dem Wortlaut auszulegen.

Kein sprachlicher Ausdruck ist aus sich selbst heraus verständlich. So schrieb Reichel bereits 1915:¹⁸⁾

"..... die Sprachforschung, insbesondere die psychologische Wortforschung hat uns belehrt, dass es keinen Wortsinn an und für sich selbst gibt, sondern dass die Worte dem Chamäleon gleich ihre Bedeutung wechseln je nach der Umgebung und Beziehung, in der sie gebraucht werden..."

Wer ausschliesslich nach dem Wortlaut zu interpretieren vorgibt, bezieht in Wahrheit -unbewusst oder bewusst- die "Totalität der Umstände" bereits in den "Gesamtatbestand der Erklärung" mit ein.¹⁹⁾

Bei der Auslegung einer Grundbucheintragung ist man ohnehin nie auf den isolierten sprachlichen Ausdruck beschränkt; der zu deutende Ausdruck begegnet uns nämlich immer in einem Grundbuch eines bestimmten Ortes und regelmässig unter Angabe eines bestimmten Eintragszeitpunktes. Schon diese beiden Umstände können mit in den der Auslegung unterliegenden Tatbestand einbezogen werden.²⁰⁾

18) Reichel, Gesetz und Richterspruch, S.65

19) Lüderitz, S.179 f; Naegeli S.81

20) Naegeli S.81

So hat z.B. das Landgericht Stuttgart²¹⁾ zu Recht ein 1919 eingeräumtes Fahrtrecht für "Handwagen" nicht auf Kraftfahrzeuge ausgedehnt, weil zur Zeit der Bestellung des Rechts das Kraftfahrzeug bereits bekannt war, die damaligen Parteien also sicherlich "Kraftfahrzeug" geschrieben hätten, wenn sie diese Benutzung hätten zulassen wollen.

Ähnliche Überlegungen tauchten auch in der ausländischen Rechtsprechung mehrfach auf.²²⁾

Die Rechtsprechung des RG ist allerdings in dem Ansätze richtig, wenn es von der Natur der Sache her zu einer teleologischen Reduktion der allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelangte. Inwieweit ausserurkundliche Umstände bei Auslegung von Urkunden heranzuziehen sind, hat sich nach dem Zweck der Formvorschrift zu richten. Dieser Zweck kann sein: Warnung und Schutz, Hinweis und Klarstellung sowie Beweis und Offenlegung von Rechtsverhältnissen.²³⁾

Die Eintragung von Grunddienstbarkeiten hat keinerlei Warn- oder Schutzzweck;²⁴⁾ die Eintragung im Grundbuch soll vielmehr Bestand, Inhalt und Umfang des dinglichen Rechts gegenüber Jedermann klarstellen und beweisen. Dem RG ist daher grundsätzlich zuzustimmen, wenn es im "Interesse Dritter" dem "wirklichen Willen" nur soweit Geltung zugestehen will, als dem Dritten dieser Wille auch tatsächlich erkennbar ist. Richtig ist jedoch die Meinung des RG, dass lediglich der Wortlaut der Eintragung dem Dritten diese Kenntnis vermitteln könne. Zurückhaltender zeigt sich in diesem

21) D.Rspr.I 154,22 a(1953)

22) vgl. Naegeli S.12 f,51 f m.w.Hinw.

23) Küderitz S.194-208

24) vgl. aber Schweiz.BGE 39,699, wonach die nach Schweizer Recht erforderliche Form des Dienstbarkeitsvertrages Schutz vor Übereilung bieten soll.

Zusammenhang der Schweizer Gesetzgeber, der gestattet, dass Umstände ausserhalb der Eintragung, nämlich Erwerbsgrund oder Art der längeren Ausübung, "im Rahmen des Eintrags" den Inhalt der Dienstbarkeit näher bestimmen können.²⁵⁾ Diese Rahmenfunktion der Eintragung stellt eine gelungene Lösung dar, verbindet sie doch Beweisfunktion und die Interessen beider Grundstückseigentümer in sachgerechter Weise. Die Regelung hat sich auch, wie die Schweizer Rechtsprechung zeigt, in der Praxis bewährt.²⁶⁾ Die Auffassung des RG, wonach sich Dritterwerber ausschliesslich an dem Wortlaut einer Grundbucheintragung orientieren, verkennt auch die "natürliche Einstellung" eines normalen Grundstückserwerbers. Eine Grunddienstbarkeit wird nämlich -weder auf aktiver noch auf passiver Seite- für sich allein übertragen, sondern immer nur zusammen mit dem Grundstück. Das gilt nicht nur in rechtlicher Hinsicht sondern auch und vor allem in sachlicher Beziehung.

Es ist heute bekannt, dass aus dem Grundbuch überhaupt nur ein Teil der für einen Erwerber maßgeblichen Grundstücksverhältnisse ersichtlich ist. So gibt das Grundbuch keine zuverlässige Auskunft über die tatsächlichen Verhältnisse des Grundstücks, wie Bebauung, Kulturart, Charakter der Umgebung usw.²⁷⁾

Im Grundbuch sind auch nicht die öffentlichen Lasten oder die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (z.B. durch einen Bebauungsplan) vermerkt. Jeder Erwerber muss aber mit ihrem Bestehen rechnen und tut dies regelmässig auch. Aber selbst was die privatrecht-

25) vgl. Art. 738 Abs. 2 ZGB;

26) Liver, Komm. z. ZGB (SR) § 738 Anm. 1 ff; ebenso Naegeli im Endergebnis

27) vgl. §§ 891, 892 BGB, in denen nur von "Rechten" und "Verfügungsbeschränkungen" die Rede ist.

lichen Verhältnisse der Grundstücke anbelangt, wird sich ein einigermaßen vorausschauender Erwerber nicht ausschliesslich nach den Eintragungen im Grundbuch orientieren.

Gerade die Grunddienstbarkeiten sind ihrer Natur nach besonders eng mit den tatsächlichen Verhältnissen der beteiligten Grundstücke verbunden, gelangt doch in der Grunddienstbarkeit ein ständiges Bedürfnis des herrschenden Grundstücks zum Ausdruck und mit der Dienstbarkeit gleichzeitig zur Abwicklung. Den Erwerb eines Grundstücks kann man schliesslich auch nicht mit dem Kauf von Wertpapieren gleichsetzen, deren Umlauffähigkeit durch die Möglichkeit rascher Orientierung am Wortlaut der Urkunde gewährleistet bleiben muss.²⁸⁾

Nach all dem kann angenommen werden, dass ein Erwerber schon im eigenen wohlverstandenen Interesse gewissen tatsächlichen Verhältnissen auf den beteiligten Grundstücken und in Bezug auf diese zumindest die gleiche Aufmerksamkeit schenken wird wie den Eintragungen im Grundbuch. Ein Erwerber wird die Eintragungen im Grundbuch, wenn er sie überhaupt studiert, nur im Zusammenhang mit den beobachteten tatsächlichen Verhältnissen "lesen".

Das vom RG propagierte einseitige und ausschliessliche Abstellen auf die Grundbucheintragung entspricht daher, obwohl mit der "Natur der Sache" begründet, nicht der wahren Natur der Dinge.

28) Naegeli vgl. S. 111 f; S. 136; S. 143 f.

Dieses richtig verstandene "natürliche Verhältnis" zu den Dingen kann bei jedem Grundstückserwerber vorausgesetzt werden, will man ihn als normalen, vernünftig handelnden Rechtsgenossen ansehen. Ein Abweichen von diesem Durchschnittsmaß verdient keinen rechtlichen Schutz. Andernfalls würde man eine Servitutenpartei mehr oder weniger wehrlos der Nachlässigkeit des jeweiligen Grundstückserwerbers ausliefern.

Das RG wandte diese strengen, ihrer Einseitigkeit wegen übertriebenen und unhaltbaren Auslegungsregeln nicht nur in den Fällen an, in welchen die Grundstücke nach Begründung der Servitut den Jnhaber gewechselt haben, sondern auch dann, wenn ein konkretes Interesse Dritter noch gar nicht im Feuer stand: wenn sich die Grundstücke noch in den Händen der ursprünglichen Besteller der Servitut befanden. Wegen der Absolutheit der dinglichen Rechte soll sich die Beschränkung der Auslegung schon innerhalb der Rechtsbeziehungen von Erklärendem und Erklärungsempfänger auswirken und nicht erst, wenn Dritte unmittelbar als Erwerber betroffen werden; die bloße Möglichkeit der Gefährdung soll entscheidend sein.²⁹⁾

Rückt man die tatsächliche Einstellung der beiden ursprünglichen Besteller zu ihrer Erklärung in den Vordergrund, besitzt unter ihnen die Eintragung im Grundbuch noch weniger Bedeutung als oben im Falle des "durchschnittlichen Dritterwerbers" angenommen wurde. Die Parteien, die das Recht selbst begründeten, werden sich in ihren Beziehungen mehr nach dem "wirklich Gewollten" richten, als nach einem im Drittinteresse abstrakt auszulegenden Eintrag. In ihrem Verhältnis gilt es kein

29) vgl. Westermann DNotZ 1958, S.259 ff (261)

Vertrauen zu schützen; unter ihnen ist es überflüssig den Eintrag nach Grundsätzen auszulegen, die eine Erkennbarkeit für jedermann postulieren, Gesichtspunkte also, die allein eine Beschränkung der Auslegung rechtfertigen.

cc) Diese Überlegungen haben Naegeli zu einer unterschiedlichen Auslegung der Grunddienstbarkeiten veranlasst, je nachdem, ob sich die Grundstücke noch in den Händen der ursprünglichen Parteien befinden oder ob das eine oder beide Grundstücke bereits in andere Hände übergegangen sind. In ersterem Falle soll nach der Willenstheorie, d.h. unter weitestgehender Berücksichtigung "individueller Verumständungen"; im zweiten Falle nach einer modifizierten, bei Naegeli Publizitätstheorie genannten Art von Vertrauens-
theorie -insofern als vom Standpunkt des Erklärungsempfängers her interpretiert wird- die Auslegung betrieben werden.³⁰⁾

Ohne auf Einzelheiten von Naegeli's Auffassung einzugehen, kann jedoch allgemein gesagt werden, dass die von Naegeli vertretene Meinung rechtlich nicht haltbar ist und praktisch zu absurden Ergebnissen führt.

Folgte man Naegeli's Überlegungen, würde man dazu gelangen, dass eine Grunddienstbarkeit je nachdem, in wessen Händen sich das Grundstück befindet, für bestimmte Zeiträume unterschiedliche Inhalte besitzen kann, ohne dass diese Änderung des Inhalts durch die Vorschriften der §§ 873, 877 BGB legitimiert werden müsste. Die Interpretation kann jedoch nicht von dem

30) vgl. Naegeli S.130 ff, insbes.133-137;
vgl. auch OLG Celle HEZ 1,155, das unrichtig an die Ausübung z.Zt. des Erwerbs einen guten Glauben anknüpfen liess.

Inhalt eines Rechts getrennt werden. Ein Recht kann nur einen -richtigen- Inhalt haben, nämlich den, den es durch die Auslegung erhält. Die Eintragung im Grundbuch würde von dem für jedermann maßgeblichen Bezugspunkt zu einer mehr oder weniger unverbindlichen, zeitlich wandelbaren Richtlinie für das Verhältnis der beiden Grundstücke untereinander. Die Auffassung Naegeli's würde -konsequent fortgeführt- schliesslich zu teilweise recht seltsamen Ergebnissen führen. So würde ein Dritterwerber trotz enger, einschränken-der Interpretation des Eintrags unter den Erstbeteiligten das Recht entsprechend § 892 BGB in dem Umfang, der für jedermann gültigen Auslegung erwerben. In einem solchen Falle wäre aber nur der Erwerber des herrschenden Grundstücks zufrieden, der Eigentümer des dienenden Grundstücks würde die Beibehaltung der engen Auslegung vorziehen.

Bei extensiver Auslegung des Eintrags unter den Erstbeteiligten erwerben Dritte das Recht lediglich im Umfang des nach Vertrauens Gesichtspunkten interpretierten Eintrags, wobei nunmehr der Erwerber des herrschenden Grundstücks unzufrieden sein wird, während der Erwerber des dienenden Grundstücks in den Genuss der geänderten, für ihn günstigen Auslegung kommt. Waren die Erwerber bösgläubig, werden sie lediglich bei enger Interpretation im Erwerbsverhältnis "bestraft"; bei weiter Auslegung unter den Erstbeteiligten kann nur § 873 BGB verhindern, dass ein bösgläubiger Erwerber mehr Rechte bzw. Pflichten erhält, als überhaupt eingetragen sind.

Der gute Glaube darf sich daher nicht an der tatsächlichen Interpretation des Rechts unter den Parteien oder an der Ausübung orientieren; maßgeblich hierfür ist lediglich eine Auslegung der Eintragung, welche nach für jedermann gültigen allgemeinen Gesichtspunkten zu erfolgen hat.

Eine unterschiedliche Behandlung der Eintragung einerseits nach einem Rechtsumfang der für jedermann gilt und andererseits nach einem Umfang wie er unter den Bestellern des Rechts gilt, erweist sich somit bei der Auslegung als nicht durchführbar. Eine unterschiedliche Behandlung lässt sich im Ergebnis nur durch die Konstruktion einer "Gestattung auf Zusehen" oder in Form einer echten stillschweigenden obligatorischen Vereinbarung erreichen, mit der das Recht über seinen dinglichen Bestand hinaus, beschränkt auf das Verhältnis der beiden Parteien, erweitert oder eingeengt wird.³¹⁾

dd) Das OLG Karlsruhe versuchte auf andere Weise den oben geäußerten Bedenken Rechnung zu tragen, nämlich insofern, als es die vom RG entwickelten strengen Auslegungsmaßstäbe nur in den Fällen anwandte, in denen ein guter Glaube Dritter von Gesetzes wegen geschützt wird.³²⁾ Diesem Ausgangspunkt folgend gelangte das OLG bei einer Sicherungshypothek insofern zu einer weiten Auslegung des Grundbucheintrages, als das Gesetz hier einen guten Glauben nicht an die Eintragung anknüpfte.

31) BGH NJW 1959, 2059 f; LM § 1018 BGB Nr.10

32) DNotZ 1958 S.257 ff.

Diese Entscheidung, die von Westermann³³⁾ kritisch besprochen wurde, verkennt die Funktion der Eintragung als den für jedermann erkennbaren Bezugspunkt.

Abgesehen davon, dass die vom OLG vertretene Auffassung -ähnlich wie bei Naegeli- zu recht merkwürdigen Ergebnissen führen müsste, scheitert eine Übernahme der von dem OLG vertretenen Unterscheidung für ein Servitutenrecht bereits daran, dass hier ein guter Glaube an Bestand, Inhalt und Umfang des Rechts von Gesetzes wegen geschützt wird.

ee) Rechtlich möglich und praktisch durchführbar erscheint allerdings eine differenzierte Auslegung in der von Westermann³⁴⁾ vertretenen Weise, wonach die Eintragung eng ausgelegt werden soll, die dingliche Einigung jedoch weit ausgelegt werden kann. Ausgangspunkt für Westermann's Überlegungen ist der Umstand, dass sich bei Begründung eines dinglichen Rechts die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten "voll" eigentlich nur in dem formlos gültigen obligatorischen Bestellungsvertrag und in der ebenfalls formlos gültigen dinglichen Einigung widerspiegeln.

Demgegenüber verlautbare -so Westermann- die Eintragung den Inhalt des Rechts nach aussen; sie allein gehe Dritte an. Die unterschiedliche Behandlung der Einigung und der Eintragung stehe danach im Einklang mit der Interessenlage. Die Formlosigkeit der Einigung in Verbindung mit dem Erfordernis, dass Einigung und Eintragung sich decken müssen, sichere, dass nicht mehr

33) Westermann, DNotZ, Anm. zu OLG Karlsruhe, 1958 259 ff

34) Westermann a.a.O.

entstehe als das, was nach Auslegung der Eintragung als deren Inhalt feststellbar sei. Bleibe der Inhalt des Grundbuchs hinter der Einigung zurück, sei das Recht nur im Umfang der Eintragung entstanden; Dritte hätten nur mit dieser zu rechnen. Gehe das Grundbuch über die Einigung hinaus, helfe Dritten der gutgläubige Erwerb gemäß §§ 892, 893 BGB. Auf die Einigung baue kein Rechtsschein auf; um sie brauche sich ein Erwerber nicht zu kümmern; lediglich wenn er ihren abweichenden Inhalt kenne, mache ihn das bösgläubig. Das von der Rechtsprechung verfolgte Ziel, die Auslegungsmöglichkeit im Interesse Dritter zu begrenzen, werde durch das Grundbuchprinzip ohne Rücksicht auf die Art der Auslegung der Einigung gesichert. Es bestehe mithin kein Anlass, die Einigung anders auszulegen als andere materiellrechtliche Erklärungen.³⁵⁾ Mit der von Westermann vorgenommenen Differenzierung würde man endlich auch der Einigung eine verschiedentlich vermisste³⁶⁾, selbständige Funktion geben können. Über die umfassende Auslegung der Einigung - das gleiche gilt für den obligatorischen Bestellungsvertrag - würde zwar das bestehende dingliche Recht nicht unmittelbar in seinem Umfang beeinflusst werden; wohl aber hätten es die Parteien des ursprünglichen Bestellungsvertrages in der Hand, die Eintragung in dem ihrem "wirklichen Willen" entsprechenden Sinne gemäß § 894 BGB oder § 812 BGB zu korrigieren. Westermann's Vorschlag ermöglicht somit eine Berücksichtigung ausserurkundlicher Umstände "auf Umwegen";

35) so Westermann a.a.O.; im Ergebnis übereinstimmend mit OLG Celle HEZ 1,155 (156/157); vgl. aber oben S.72 Fn.30

36) vgl. H. Krause A.c.P. 145,312 ff., Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts.

diese Auffassung gilt jedoch nur für die Auslegung im Verhältnis der ursprünglichen Parteien. Zu einer grundlegenden Änderung der Auslegungspraxis des RG hätten auch diese Überlegungen nicht führen können.

ff) Den oben³⁷⁾ kritisierten Mängeln hat später das RG selbst abgeholfen, indem es seine extreme Auffassung -jedenfalls für die Auslegung von Servituten- allgemein modifizierte.

So hat es seine Meinung, deren Einseitigkeit übrigens aus der Frontstellung gegenüber der damals vielfach vertretenen subjektiven Auslegungslehre heraus verständlich war, bereits im Jahre 1928 -wie folgt- aufgelockert.³⁸⁾

"... Das... Erfordernis besonderer Klarheit und Bestimmtheit bei der Begründung eines dinglichen Rechts verbietet es, jedenfalls zu Auslegungen mit dem Ziel grundlegender Änderung in der Bedeutung der Eintragung, Dinge heranzuziehen, auf die nicht die Eintragung selbst hinweist."

In RG JW 30,3851 wurde trotz Ablegung eines Bekenntnisses zur alten, strengen Auslegungsmethode "das für Umfang der Ausübung eines Wegerechts maßgebende Bedürfnis nach der Lage des Grundstücks" bestimmt. RGZ 131,158 ff (168) bringt die endgültige Abkehr von der alten Rechtsprechung, wenn es in eleganter Wendung heisst

"...ob eine solche eingeschränkte Auslegung, welche übrigens nicht an Umständen vorbeigehen darf, die sich aus der Lage der besonderen Verhältnisse des Einzelfalls ohne weiteres ergeben..."

37) vgl.oben S.67 ff

38) RG SA 82, Nr.175

In RGZ 136,232 ff (234) wurde die neue Rechtsprechung um eine interessante Variante ergänzt:

„ (Es) darf nichts herangezogen werden, was außerhalb der Eintragungen liegt und nicht allgemein bekannt sein kann....
... Zur Erkenntnis des Sinnes einer Eintragung..
(ist ferner) zu berücksichtigen, was sich bei unbefangener Auffassung einem jeden als nächstliegende Bedeutung der Eintragung darstellt....“

In Anknüpfung an obige Entscheidungen des RG hat nach dem Krieg der BGH nach anfänglichem Schwanken eine ständige Rechtsprechung zur Auslegung von Grunddienstbarkeiten entwickelt.

Jm Urteil vom 27.1.1960³⁹⁾ stellte der BGH unter Bezugnahme auf RGZ 131,158 ff und RG JW 30,3851 fest, dass ein von der Eintragung abweichender Parteiwille keine Rolle spiele; für Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit seien aber auch die gesamten Verhältnisse beider Grundstücke, insbes. Lage und Verwendungsart des herrschenden Grundstücks maßgebend. Bei der Inhaltsbestimmung müsse auch die Eintragungsbewilligung, in der Regel sogar das obligatorische Grundgeschäft mitherangezogen werden.

Jm BGH Urteil vom 26.4.1961⁴⁰⁾ wurde dann unter Einschränkung obiger Entscheidung von 1960 die Formulierung gefunden, die fortan als Grundlage für die Auslegung von Grunddienstbarkeiten diene:

39) BGH LM § 242 BGB (D) Nr.41

40) BGH LM § 1016 BGB Nr.4

„.... Das Grundbuch soll über Inhalt und Umfang des eingetragenen Rechts für jeden Gutgläubigen sowie für jeden der unbestimmten Rechtsnachfolger und Rechtsverpflichteten maßgeblich Auskunft erteilen. Infolgedessen muss bei der Auslegung von Grundbucheintragungen auf ihren Wortlaut und Sinn abgehoben werden, wie er sich aus dem Grundbuch selbst und aus der etwa in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände, die ausserhalb dieser Urkunde liegen, dürfen zur Ermittlung von Inhalt und Umfang einer dinglichen Berechtigung nur herangezogen werden, soweit sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind...." 41)

Die in diesem Zusammenhang neu erscheinende Begriff "Erkennbarkeit für jedermann" bedarf einer näheren Prüfung. Betrachtet man Auslegung als Ermittlung des Willens der bestellenden Grundstückseigentümer, können lediglich diejenigen ausserurkundlichen Umstände bei der Auslegung der Eintragung in Betracht gezogen werden, die zur Zeit der Bestellung des Rechts vorhanden waren; nur sie konnten bei der Willensentscheidung der Parteien eine Rolle gespielt haben. Diese -bereits damals vorhandenen- Umstände müssen auch dem späteren Betrachter noch zugänglich sein, damit er den sachlicherichtigen Schluß auf das von den ursprünglichen Parteien "wirklich Gewollte" zu ziehen in der Lage ist.⁴²⁾

Dem späteren Betrachter muss sich also eine zweifache "Erkennbarkeit ohne weiteres" bieten. Einmal hat er den ausserurkundlichen Umstand als solchen wahrzu-

41) BGH LM § 1018 BGB Nr.5 (Urt.v.10.5.1961); BGH VRS 23,247 ff (Urt.v.13.4.1962)

42) vgl.BGH LM § 1018 BGB Nr.5 und die dort auf Bl.1 Rücks.angestellten Überlegungen; es musste allgemeine Erkennbarkeit vorliegen bezüglich der Vorgänge, die im Jahre 1914 zur Eintragung führten.

nehmen. Er darf diesen Umstand jedoch nur dann in Beziehung zur Auslegung des dinglichen Rechts bringen, wenn ihm zusätzlich erkennbar ist, dass dieser betreffende Umstand auch die Parteien im Zeitpunkt der Bestellung des Rechts beeinflusst haben kann, also damals bereits vorhanden war.

Mit dieser "Erkennbarkeit" darf nicht verwechselt werden der im Zusammenhang mit der Anpassung häufig zitierte Begriff der "Vorhersehbarkeit" gewisser Veränderungen. Letzterer wird im Rahmen der eigentlichen Auslegung nicht verwendet.

Diese unterschiedliche Verwendung der beiden Begriffe "Erkennbarkeit" einerseits und "Vorhersehbarkeit" andererseits lässt sich in der Rechtsprechung des BGH mehrfach feststellen.⁴³⁾

Die von der Rechtsprechung für ausserurkundliche Umstände geforderte "Erkennbarkeit für jedermann" ist in der Praxis nur in wenigen Fällen tatsächlich gegeben. Sie liegt z.B. vor, wenn ein Recht "zu gehen und zu fahren" seit seiner Bestellung durch eine 1,5 m breite und 2 m hohe Toreinfahrt ausgeübt wurde; hier ist auch für einen späteren Betrachter offensichtlich, dass die damaligen Parteien das Fahrtrecht lediglich für Fahrzeuge einräumen wollten, die diesen Maßen entsprechen.⁴⁴⁾

Diese Erkennbarkeit wird auch in dem weiteren Fall gegeben sein, in welchem sich die Verhältnisse eines Wohnviertels (z.B. ruhiges Villenviertel in bestimmtem Stil) seit Bestellung der Dienstbarkeit nicht geändert haben.⁴⁵⁾

43) so insbes. BGH NJW 1965, 2340 (2341); NJW 1959, 2059 (2060);

44) vgl. BGH NJW 1963, 807

45) vgl. die Fälle OLG Hamburg, MDR 1963, 679 und BGH NJW 1965, 2398 sowie KG JR 1963, 18 ff.

"Erkennbarkeit" so verstanden, setzt also in einem gewissen Umfang voraus, dass sich die für die Auslegung maßgeblichen äusseren Verhältnisse nicht verändern. Es versteht sich, dass eine solche beschränkte Rückgriffsmöglichkeit auf ausserurkundliche Umstände kein geeignetes Hilfsmittel bei der Auslegung von Servituten angesichts veränderter Umstände sein kann.

b) Die Bedeutung späteren Verhaltens.

Erst spät als Problem der Auslegung erkannt wurde die Frage, welchen Einfluß das spätere Verhalten der beteiligten Grundstückseigentümer, insbesondere die tatsächliche Ausübung des Rechts auf Inhalt und Umfang der eingeräumten Servitut hat.

Der Schweizer Gesetzgeber hat diesem Problem Rechnung getragen, indem er in Art.2 ZGB festlegte, dass sich

„... der Inhalt der Dienstbarkeit im Rahmen des Eintrags aus dem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben kann, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und im guten Glauben ausgeübt worden ist.“

In den Erläuterungen Eugen Huber's zum Vorentwurf des ZGB⁴⁶⁾ heisst es dazu:

„Kommt die Übung in Frage, so darf dies nicht als eine Ersitzung aufgefasst werden. Denn nicht der Bestand der Dienstbarkeit, auch nicht in quantitativer Beziehung, wird durch die Übung der Beteiligten oder aber auch durch Zeitablauf erworben, sondern es soll damit nur bewiesen werden, mit welchem Inhalt die Beteiligten den Bestand der Dienstbarkeit verstanden haben.“

Der Schweizer Gesetzgeber wollte also das spätere Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Auslegung in Betracht gezogen haben.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich zu dieser Frage nicht geäußert. Die Rechtsprechung war sich lange uneins, wie das spätere Verhalten auf Bestand und Inhalt eines bestellten Rechts einwirken kann.

46) vgl. Erl. 2 S.146

Die Rechtsprechung wurde durch eine Bemerkung in der bereits oben⁴⁷⁾ besprochenen Entscheidung des RG von 1917 irrefeleitet; es hiess dort:

„Wie schon bei Verträgen, die unter Abwesenden geschlossen wurden, jener Satz nicht gilt, weil hier Treu und Glauben eine unzweideutige Erklärung erfordern und wie deshalb das Geschäft nur Geltung erlangen kann, wie es der Abwesende nach der ihm vorliegenden Verlautbarung auf-fassen muss, sofern nicht eine Einigung über eine andere Auffassung stattgefunden hat.
(Warn.Rechtspr.1912 Nr.330; JW 1908,4 Nr.3)..."

Diese offenbar als Richtlinie für die Behandlung einer "falsa demonstratio" gemeinte Bemerkung zeigte jedoch bald ihre verhängnisvolle Wirkung, als das RG 1928⁴⁸⁾ ausführte:

„Wie das RG in st.Rspr. zu §§ 133,157,242 BGB ausgesprochen hat, sind solche Urkunden, deren Wortlaut völlig klar und eindeutig ist einer Auslegung nicht fähig...; Mehrdeutige, unklare Urkunden sind dagegen auszulegen, falls nicht die Parteien in zulässiger Weise sich über eine mögliche Bedeutung der Erklärung einigen oder einer Partei der Beweis einer solchen früheren Einigung gelingt...."

Inwieweit diese vom RG aufgestellten Grundsätze auch gegenüber einem Dritterwerber zur Anwendung gelangen, wurde vom RG nicht festgelegt; innerhalb des Erst-verhältnisses sollte es danach möglich sein, sich später über die Bedeutung einer "an sich" unklaren Erklärung zu einigen. Diese Einigung steht damit al-lerdings in gefährlicher Nähe eines abändernden ding-lichen Vertrages, über dessen Verhältnis zu § 873 und 877 BGB sich das RG jedoch ausschieg.

47) vgl.oben S.57 ff S.64/66 m.Hinw.auf RG LZ 1917,917 f
48) RG HRR 1928 Nr.2079

Mit der Formulierung, „.... unklare Urkunden sind auszulegen, falls(!) nicht die Parteien sich ... einigen..“ stellt das RG deutlich einen Unterschied zwischen Auslegung der Erklärung einerseits und Einigung über den Inhalt der Erklärung andererseits heraus. Auslegung und Einigung sind daher zwei verschiedene Möglichkeiten, „späteren“ Veränderungen Rechnung zu tragen.

Der verhängnisvolle Weg wurde dann in RGZ 126,370 ff (373) endgültig besprochen, als es dort hiess:⁴⁹⁾

„.....für diese Prüfung (nämlich, mit welchem Inhalt die Grunddienstbarkeit besteht) kann in Betracht kommen, in welcher Weise das Durchfahrtsrecht von der Klägerin bisher ausgeübt worden ist. Denn wenn die jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks die Durchfahrt einer LKW's mit Anhänger seit geraumer Zeit widerspruchslos geduldet haben, so kann darin möglicherweise eine stillschweigende Übereinkunft der Beteiligten dahin gefunden werden, dass der Klägerin das Durchfahrtsrecht auch in dieser Gestalt und vielleicht überhaupt so zustehen sollte, wie es ihr Fabrikbetrieb notwendig machte. Dass bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit die Verhältnisse anders lagen, würde nicht ausschlaggebend sein. Denn wenn auch die Entwicklung des Verkehrs Veränderungen im Gebrauch der Verkehrsmittel geschaffen hat, so musste nach Treu und Glauben diesen Veränderungen auch bei Ausübung des Durchfahrtsrechts Rechnung getragen werden, da sonst der Zweck der Grunddienstbarkeit vereitelt würde. Es wäre möglich, dass deshalb auch die Beteiligten über eine den Bedürfnissen der Klägerin entsprechende Ausübung des Durchfahrtsrechts stillschweigend einig gewesen sind und dass dieser Rechtszustand zwischen ihr und der Grundstückseigentümerin zur Zeit der Enteignung⁵⁰⁾ bestanden hat.“ (Unterstreichung vom Verfasser)

49) im Anschluß an das RG auch OLG München HRR 1942,842 a.E.

50) In dem Fall des RG lag der Zeitpunkt der Bestellung der Servitut wesentlich früher; ein Eigentumswechsel hat nach der Bestellung bis zum Zeitpunkt der Enteignung nicht stattgefunden.

Die vom RG gefundene Lösung dürfte im Ergebnis zwar zu billigen sein; der vom RG aufgezeigte Weg der Anpassung durch "nachträgliche stillschweigende Übereinkunft" scheint jedoch in mehrfacher Beziehung eine recht unglückliche Konstruktion zu sein. Der BGH⁵¹⁾ fühlte sich später sogar verpflichtet, ausdrücklich festzustellen, dass der "Einigung" in RGZ 126, 370 ff lediglich deklaratorischer Charakter zukommen.

Die Entscheidung des RG leidet vor allem daran, dass das RG glaubte, die Anpassung an die veränderten Verhältnisse unbedingt auf den Willen der Parteien zurückführen zu müssen; damit befand sich die Entscheidung allerdings weitgehend auf der Linie der damaligen allgemeinen Bestrebungen in Lehre und Rechtsprechung. Der Gesichtspunkt von "Treu und Glauben" und die Überlegung zur "Zweckvereitelung" gelangten nämlich in der Entscheidung nicht etwa als tatbestandliche Merkmale einer den Fall regelnden gesetzlichen Bestimmung zur Anwendung, sondern wurden lediglich als -vermutetes-Motiv der Parteien für die von ihnen -angeblich- getroffene "stillschweigende Übereinkunft herausgestellt. Diesen konstruktiven Umweg hätte sich das RG ersparen können, wenn es die von ihm gewünschte extensive Auslegung unmittelbar auf § 157 BGB, der bereits bei der Auslegung eine Berücksichtigung von Treu und Glauben verlangt, gestützt hätte. Hätte diese stillschweigende Einigung des RG tatsächlich konstitutiven Charakter, würde sie gegen §§ 873, 877 BGB verstossen; denn es wird der Inhalt des dinglichen Rechts auf die neue Situation hin abgeändert.⁵²⁾

51) BGH NJW 1959, 2059 f

52) vgl. die schon in BGH NJW 1959, 2059 f geäußerten Bedenken.

Dass das RG den konstitutiven Charakter der Einigung nicht ausschloss, ergibt sich aus der Formulierung, wonach es darauf ankommen sollte, inwieweit die "jeweiligen Eigentümer" des belasteten Grundstücks die veränderte Ausübung des Rechts widerspruchslos geduldet haben; danach wäre nämlich die stillschweigende Übereinkunft auch nach Wechsel der Eigentümer möglich; dass die widerspruchslose Duldung durch einen Rechtsnachfolger den Inhalt der mit dem Vorgänger getroffenen Vereinbarung ermitteln helfen soll, ist nur im Rahmen einer konstitutiv wirkenden Vereinbarung möglich. Die vom BGH⁵³⁾ angebrachte Korrektur deutet ebenfalls darauf hin, dass die Entscheidung des RG zumindest mißverständlich war und auch in Richtung einer solchen konstitutiven Wirkung hin interpretiert werden konnte.

Die Entscheidung des RG ist noch in einer weiteren Beziehung zu kritisieren; die vom RG im Zusammenhang mit der Inhaltsfeststellung benützte Unterscheidung von dem Recht als solchem einerseits und seiner Ausübung, die durch Treu und Glauben beschränkt sein soll, andererseits ist nicht sehr glücklich. Die Unterscheidung in Recht und Rechtsausübung findet sich bereits in den Materialien zum BGB und geht auf die Pandektistik zurück. Ihre Richtigkeit muss allerdings in Zweifel gezogen werden, denn ein Recht kann zulässigerweise immer nur soweit ausgeübt werden, als es tatsächlich besteht.⁵⁴⁾ Von der Ausübung des Rechts

53) BGH LM § 242 (D) Nr.41

54) vgl. Wolff-R.SR § 107 Fn.3

her ist es nicht möglich, ein in seinem Umfange weiteres Recht zu begründen. Betrachtet man diejenigen gesetzlichen Vorschriften, die sich mit der Ausübung des Rechts beschäftigen, so zeigt sich, dass sie lediglich das "Wie" nicht aber Bestand oder Umfang des Rechts bestimmen wollen.⁵⁵⁾

Die Entscheidung des RG bedarf noch einer dritten grundsätzlichen Anmerkung. Die vom RG gewählte Konstruktion einer stillschweigenden Übereinkunft ist - wie in jedem andern Fall bloßer Duldung gewisser Zustände- äusserst fragwürdig; mit dem Hilfsmittel "stillschweigende Einigung" wird nämlich regelmässig etwas unter den Willen der Parteien eingeordnet, was diese eigentlich nicht gewollt haben.⁵⁶⁾ Stillschweigende Willenserklärungen sollen vielfach das hergeben, was im Wege einer normalen Auslegung nicht erreicht werden kann. Sie sind daher in Wahrheit Unterstellungen, Fiktionen nach dem von Goethe einmal formulierten Motto:

" Jm Auslegen seid frisch und munter
Legt ihr's nicht aus, so legt es unter."

Stillschweigende Willenserklärungen können nur dann als echte Willenserklärungen angesehen werden, wenn tatsächlich von einem äusseren Verhalten auf einen empirischen Willen geschlossen werden kann.⁵⁷⁾ Die Pandektistik verstand unter "stillschweigender Willenserklärung" ein Verhalten, das in erster Linie eine aussergeschäftliche Bestimmung hat, nebenher aber auch Ausdruck eines rechtsgeschäftlichen Willens ist.⁵⁸⁾ Es wird ein sicherer Schluß von der Handlung

55) vgl. § 1020 Abs.1 S.1 BGB; ebenso das gemeinrechtl. Gebot d. "civilliter uti"

56) vgl. Lüderitz S.390 f; Flume S.321 ff;

57) Lüderitz S.391

58) Lüderitz S.391 m.w.Hinw.

auf das Wollen verlangt. Die Handlung darf sich vernünftigerweise nicht anders erklären lassen, als unter der Voraussetzung, dass der fragliche Wille im Handeln vorhanden ist.⁵⁹⁾

Die vom RG propagierte Konstruktion der Anpassung durch stillschweigende Übereinkunft kann daher -abgesehen von den sonstigen Bedenken- nur in wenigen Fällen tatsächlich helfen. Das spätere Verhalten der beteiligten Grundstückseigentümer hat daher richtigerweise lediglich eine "indizielle" Bedeutung im Hinblick auf die Feststellung des tatsächlichen Willens der bestellenden Parteien im Zeitpunkt der Begründung des Rechts. Das hat später auch der BGH klar herausgestellt.⁶⁰⁾

In ausländischen Kodifikationen finden sich sogar ausdrückliche Hinweise auf diese Funktion des späteren Verhaltens.⁶¹⁾

Eine solche Jndizwirkung kann allerdings nur im Verhältnis der ursprünglichen Parteien, die das Recht begründet haben, angenommen werden. Da es um die Auslegung der Erklärungen der ursprünglichen Vertragspartner geht, kann auch nur deren späteres Verhalten Anhaltspunkte für deren früheren Willen geben.

Eine Anpassung durch echte stillschweigende Willenserklärung, die konstitutive Wirkung hat, und die auch zwischen Rechtsnachfolgern erfolgen kann, gehört nicht mehr zu dem Komplex Anpassung durch Auslegung. Diese Frage wird an späterer Stelle^{61a)} zur Erörterung gelangen.

59) Lüderitz S.391

60) BGH NJW LM § 242 (D) Nr.41

61) vgl. Art. 738 Schweiz.ZGB und Art. 1362 ital.Cc

61a) vgl. unten S.114/115

c) Lösung durch Ergänzung der Auslegung.

Da sich die Auslegung des ursprünglichen Begründungsaktes nach den von der Rechtsprechung aufgestellten Auslegungsregeln angesichts späterer Veränderungen als kein sehr ergiebiges Mittel der Anpassung erwies, wurde die Lösung über eine Art "Ergänzung der Auslegung" versucht.

- aa) Nach der mißlungenen Konstruktion einer "stillschweigenden Übereinkunft" in RGZ 126,370 ff hängte das RG etwa seit RG JW 30,3851 ff an die Auslegung des Grundbucheintrags im engeren, eigentlichen Sinne eine zusätzliche "Inhaltsbestimmung" an, über deren Charakter sich weiter das RG noch der BGH, der sich diesem Verfahren anschloss, jemals eindeutig geäußert haben.⁶²⁾ Nach dieser Rechtsprechung liegt der Umfang einer Grunddienstbarkeit -wie er sich im Wege der Auslegung gemäß der in st.Rspr. entwickelten Regel darbietet- nicht für alle Zeiten fest, er kann sich vielmehr unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ändern, insbes. mit einer Bedarfssteigerung wachsen.⁶³⁾ Nach einigen anderen Entscheidungen ist "bei Bemessung des Umfangs der Ausübung"⁶⁴⁾ oder "bei Bestimmung des Inhalts und Umfangs" der Grunddienstbarkeit⁶⁵⁾ den technischen und wirtschaftlichen Veränderungen "Rechnung zu tragen". Da diese "Umfangsbemessung" bzw. "Inhaltsbestimmung" regelmässig erst im Anschluß an die eigentliche Auslegung erfolgte, lässt sich dieses Verfahren nicht mehr

62) vgl. BGH NJW 1959,2059 f; NJW 1960,673 ff; NJW 1965,1229 ff; zuletzt NJW 1965,2340 ff;

63) so BGH NJW 1965,2340 ff(2341)

64) so RG JW 1930,3851 ff

65) so BGH in NJW 1959,2059 f; NJW 1960,673 ff;
VRS 23,247 ff(248)

als Verdeutlichung des Parteiwillens ansehen. Eine solche Absicht hätte sicherlich die Verwendung von Ausdrücken wie "vermuteter Parteiwille" oder "stillschweigende Einigung" usw. erforderlich gemacht; die von der Rechtsprechung verwandte zurückhaltende Ausdrucksweise deutet vielmehr darauf hin, dass man auf der Suche nach neuen Möglichkeiten neben der eigentlichen Auslegung war. Dass dieses Vorgehen der Rechtsprechung tatsächlich in zwei Stufen erfolgte, nämlich Auslegung des Begründungsaktes einerseits und "Inhaltsbestimmung" in einem weiteren Sinne andererseits, ergibt sich aus dem BGH-Urteil vom 25.2.1959⁶⁶⁾ wo es heisst:

".... da hiernach ein Parteiwille zum fraglichen Punkt nicht festgestellt ist, muss geprüft werden, ob sich aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) von vorneherein eine Pflicht... ergab..."

Jm Gegensatz zur angeführten Entscheidung, welche auch die Rechtsgrundlage mit § 242 BGB deutlich anführt, ist in vielen anderen Fällen die vorgenommene "Inhaltsbestimmung" nicht näher gesetzlich lokalisiert. Die Bezeichnung "Inhaltsbestimmung" legt an sich die Annahme einer "ergänzenden Auslegung" nahe, gleichgültig ob man den gesetzlichen Bezugspunkt der "ergänzenden Auslegung" in § 157 BGB, in § 242 BGB oder in einer kombinierten Anwendung der §§ 157, 242 BGB sieht; immerhin gilt die "ergänzende Auslegung" als das klassische Mittel, veränderten Umständen zu begegnen.⁶⁷⁾

66) BGH LM § 242 & D) Nr. 31 Bl. 3

67) vgl. Lüderitz S. 386 ff. insbes. S. 432; Flume S. 321 ff. Larenz GG S. 157 ff., der von korrigierender Auslegung spricht; Staud. W. A. 4 m. w. H.

Das RG und der BGH⁶⁸⁾ haben jedoch wegen der im Spiel stehenden Drittinteressen die "ergänzende Auslegung" für die Inhaltsfeststellung bei Grunddienstbarkeiten -zum Teil ausdrücklich- als nicht anwendbar bezeichnet. Die deutsche Rechtsprechung befindet sich hierbei in Übereinstimmung mit dem Schweizer Bundesgericht.⁶⁹⁾

Da nicht anzunehmen ist, dass sich der BGH bewusst in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung und der Rechtsprechung des RG setzen wollte, bleibt als Erklärung für die zurückhaltende Ausdrucksweise lediglich die Überlegung, dass einmal die Rechtsprechung einen Unterschied zwischen "ergänzender Auslegung" und der Anwendung von § 242 BGB sieht, zum anderen dürften die zögernden Hinweise auf § 242 BGB wohl im Zusammenhang mit den allgemeinen Schwierigkeiten stehen, welche die Anwendung von § 242 BGB im Sachenrecht und damit auch im Servitutenrecht bietet.-----

- bb) Die Geschichte der Anwendung von § 242 BGB im Servitutenrecht ist recht verwickelt.⁷⁰⁾ So entschied noch am 23.9.1929⁷¹⁾ der V.Senat des RG, dass eine Anwendung von § 242 BGB auf bestehende Servituten nicht in Betracht komme. Zu dieser Auffassung wollte sich der VII.Senat nicht drei Monate später in Widerspruch setzen. Er schlug daher in seiner Entscheidung vom 13.12.1929⁷²⁾ einen anderen Weg in Richtung "Treu und Glauben" ein. Die dabei gewählte Konstruktion der "stillschweigenden Übereinkunft", um nachträglichen Veränderungen Rechnung zu tragen, ist -wie oben dargestellt-⁷³⁾ nicht gelungen. In obiger Entscheidung des RG war indessen richtig und -schon wegen ihrer Allgemeingültigkeit- nicht zu beanstanden jene Bemerkung,

68) RG SA 86,150; BGH GBW 1966,135 f

69) BGE 39,II Nr.120 S.699

70) vgl. die Übersicht bei Mühl NJW 1956,1657(1658)

71) RG LZ 1930,315

72) RGZ 126,370 ff

73) vgl. oben S.83 ff

wonach "gemäß Treu und Glauben den Veränderungen der Verkehrsmittel auch bei der Ausübung eines Durchfahrtsrechts Rechnung zu tragen ist." In einer weiteren Entscheidung des RG vom 15.1.1931⁷⁴⁾ hiess es wiederum, dass die Anwendung von § 242 BGB im Sachenrecht "nicht unbestritten" sei.

Erst als mit dem grundsätzlichen Durchbruch im Gute-Hoffnungs-Hütte Fall⁷⁵⁾ § 242 BGB über das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis seinen Einzug im Sachenrecht gehalten hatte, konnte das RG in seiner Entscheidung vom 8.6.1942⁷⁶⁾ auch für das Servitutenrest feststellen, dass eine generelle Ablehnung von § 242 BGB im Sachenrecht "als gefährlich eng" anzusehen sei. RGZ 169,180 ist allerdings nur hinsichtlich der allgemeinen Anwendbarkeit von § 242 BGB im Servitutenrecht bedeutsam; dem Sachverhalt nach liegt hier kein Fall von Anpassung an spätere Verhältnisse vor, sondern eher ein Fall von "Wegfall der Geschäftsgrundlage" auf Grund einer Änderung der Verhältnisse. Wegen der damals deutlich mitschwingenden politischen Überlegungen -auf dem dienenden Grundstück befand sich ein Rüstungsbetrieb, für den gewisse Geheimhaltungsbestimmungen galten- sah sich der BGH später⁷⁷⁾ veranlasst, die betreffende RG Entscheidung ausdrücklich als "Ausnahmefall" herauszustellen. Die Entscheidung des RG konnte auch in ihrer rechtlichen Begründung nicht überzeugen; einmal nahm man trotz der Existenz von § 1020 Abs.1 Satz 1 BGB, nach dem der

74) RGZ 131,159 ff.178

75) RGZ 154,161 ff

76) RGZ 169,180 ff

77) BGH NJW 1965,1229

Berechtigte die Servitut ohnehin nur "schonend ausüben" darf, unnötigerweise Zuflucht zu § 242 BGB; auch brauchte der vom RG für erforderlich gehaltene Verzicht auf die Servitut -sei es ein Verzicht "auf Zeit" oder für immer- nicht auf § 1169 BGB gestützt werden, welcher lediglich für das Hypothekenrecht gilt. Die Feststellung einer rechtsmißbräuchlichen Ausübung der Servitut hätte genügt. Im übrigen ist ein Rechtsverzicht "auf Zeit" auch im Zusammenhang von § 1169 BGB ein Novum. Wegen der auf die Eintragung aufbauenden Folgerungen (vgl. § 891, 892 BGB) durfte entweder nur ein endgültiger Rechtsverlust oder nur eine "schonende Ausübung" gemäß § 1020 Abs. I Satz 1 BGB angeordnet werden.

Die Entscheidung des RG ist daher von dem tatsächlichen Gegebenheiten her ein "Ausnahmefall", konstruktiv muss sie jedoch als verfehlt bezeichnet werden.

Weitere Hinweise auf die Anwendbarkeit von § 242 BGB im Zusammenhang mit der Anpassung von Grunddienstbarkeiten tauchten in der Rechtsprechung wieder ab 1953 auf. Wurde in den Entscheidungen des LG Stuttgart vom Jahre 1953^{77a)}, das LG Hamburg von 1954^{77b)}, des OLG Hamm von 1956^{77c)}, des BayObLG von 1962^{77d)} über § 242 BGB lediglich allgemein die Möglichkeit einer Anpassung bestehender Servituten an die veränderten Verhältnisse bejaht, begründete der BGH 1959⁷⁸⁾ unter ausdrücklicher Berufung auf § 242 BGB nicht nur allgemein die Erforderlichkeit der Anpassung, sondern

77a) LG Stuttgart DRspr. 154 I Nr. 22a

77b) LG Hamburg Haus und Wohnung 1954, 390

77c) OLG Hamm DRspr. 154 I Nr. 31a

77d) BayObLGZ 1962, 24 ff (36)

78) BGH LM 242 (D) Nr. 31

entnahm § 242 BGB eine über die allgemeine Schonpflicht hinausgehende detaillierte Verpflichtung zur nachträglichen Errichtung von Schutzbauten für den Fall, dass das dienende Grundstück später baulich erschlossen wird. Die Anpassung wurde hierbei meist in Form einer Inhaltsbestimmung durchgeführt; die früher bevorzugte Modifikation der Ausübung⁷⁹⁾ liess man fallen.

cc) Zu der grundsätzlichen Frage, warum eine Servitut überhaupt "angepasst" werden soll, hat sich die Rechtsprechung nur zurückhaltend geäussert. Das war konsequent, solange die Anpassung jeweils im Wege der Auslegung des Begründungsaktes, also im Wege der Verdeutlichung des Parteiwillens erfolgte. Solange der Wille der Parteien auch eine spätere -veränderte- Ausübung der Servitut deckte, erübrigten sich Gedanken hinsichtlich der etwaigen Erforderlichkeit der Anpassung. Dementsprechend finden wir erst ziemlich spät in der Rechtsprechung vereinzelte Hinweise in diesem Zusammenhang, so insbesondere der Hinweis auf die "Zweckvereitelung", die es zu vermeiden gelte.⁸⁰⁾ Die Hinweise auf "Treu und Glauben" oder die Formulierung, "...ist Rechnung zu tragen.." sind dabei nicht nur Beschreibung einer Konstruktion oder einer gezogenen Folgerung, sondern zugleich die Begründung für die Ausweitung des Rechts und seiner Ausübung. Typisch erscheint z.B. die Begründung der Anpassung in einer Entscheidung des OLG München aus dem Jahre 1942, wo sich neben dem Versuch, die Mehrbelastung eines Wegerechts durch Kfz-Benutzung auf den Willen der Parteien zurückzuführen, folgende lapidare Alternativbegründung findet:

"...Auch bestehende Fahrtrechte können von den Folgen des technischen Fortschritts und seinem Eindringen in breite Volkskreise nicht unberührt bleiben und die mit solchen Rechten belasteten Grundstücke bzw. deren Eigentümer werden sich mit der hieraus ergebenden Mehrbelastung abzufinden haben..."

79) RGZ 126,370 ff(373); RG NJW 1930,3851 ff; vgl. auch BGH VRS 23,247 ff; BGH LM § 242 (D) Nr.31

80) RGZ 126,370(373); RG LZ 1930,315; OLG München, HRR 1942 Nr.347; BGH BB 1962,817

Der Hinweis auf die Zweckvereitelung oder auf den Fortschritt vermag jedoch nur allgemein den Weg zur Anpassung zu eröffnen. Konkrete Regeln für den Einzelfall lassen sich aus diesen Überlegungen nicht ziehen. Die in den einzelnen Fällen getroffene Anpassung hätte aber eine eingehendere Begründung erfordert, warum gerade diese und keine andere "Anpassung" in dem betreffenden Fall für angemessen und gesetzlich belegbar gehalten wurde.

dd) Für die Anpassung im Einzelfall galten nach der Rechtsprechung folgende Voraussetzungen:

Eine Anpassung an die späteren Veränderungen sollte überhaupt nur dann möglich sein, wenn die betreffenden Veränderungen bei Bestellung des Rechts "vorhersehbar" waren.⁸¹⁾

Die Anpassung durfte nicht durchgeführt werden, wenn eine willkürliche Veränderung der Grundstücksverhältnisse seitens der Eigentümer vorlag.⁸²⁾

Die Anforderung einer "Vorhersehbarkeit" erwies sich jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen überhaupt als durchführbar. Genau betrachtet kann nämlich ein Großteil der

"...entwicklungsbedingten Veränderungen von den Parteien, welche die Servitut bestellten, weder im allgemeinen noch im einzelnen tatsächlich vorhergesehen werden.⁸³⁾

Die einmal vor über 50 Jahren geäußerten Auffassungen

"die nach dem auf dem herrschenden Grundstück vorhandenen Betriebe voraussehbare Bedürfnissteigerung liege regelmässig im Sinne des Begründungsaktes"⁸⁴⁾

oder

"....dass sich die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks ändern, sei etwas so selbstverständliches, dass angenommen werden könne, die Parteien hätten darauf Rücksicht genommen"⁸⁵⁾

81) vgl.allg.zur clausula-Frage schon Bayer.LR § 12 IV 15; Preuss.ALR § 378 I 5

82) BGH NJW 1965,2340(2341)

83) vgl.Thieme Anm.in MDR 1960,660;Mattern Anm. in LM § 1019 BGB Nr.1;vgl.auch BGH LM § 242 (D)Nr.31 Bl.2 Rückseite

84) Mugdan,Bd.III,S.733

85) vgl.Biermann,SR S.104

mag für die damals vorhersehbaren Änderungen Gültigkeit haben. Die tatsächliche Entwicklung hat jene zeitbedingten Erwartungen des Gesetzgebers von 1900, der noch in den beschaulichen Vorstellungen des ausgehenden 19. Jahrhunderts dachte, und auch die Vorstellungsmöglichkeiten der ebenfalls ihrer Zeit verpflichteten Kommentatoren hinter sich gelassen. Die spätere Rechtsprechung hat daher richtigerweise die technischen und wirtschaftlichen Veränderungen nicht in einem streng subjektiven Sinne als "vorhersehbar" verlangt bzw. diese Voraussicht den Parteien bei Begründung des Servitutenrechts unterstellt.

Sie hat vielmehr die Vorhersehbarkeit -in Anlehnung an die Materialien-, in denen es hiess

"... nach dem auf dem herrschenden Grundstück vorhandenen Betriebe...."

in einem -auf das Grundstück bezogenen- mehr objektivem Sinne für erforderlich gehalten. Vorhersehbarkeit heisst daher in der Rechtsprechung: vorhersehbar vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters im Wege nachträglicher Prognose der Grundstücksverhältnisse.

Den Grundsatz, wonach willkürliche Veränderung eine Duldungspflicht nicht begründen können, hat die Rechtsprechung selbst nie konsequent durchgehalten.

So hat sie bei Erschliessung des Grundstücks⁸⁶⁾; welches bis dahin Brachland war, bei Ausbau des auf dem herrschenden Grundstück vorhandenen Gebäudes⁸⁷⁾, bei Wiederaufbau⁸⁸⁾, bei Benutzung neuer technischer Mittel⁸⁹⁾, bei Veränderungen also, die alle auf die freie Ent-

86) BGH LM § 242 (D) BGB Nr.31

87) BGH NJW 1965,2340 ff; RG JW 1930,3851 ff;

88) BGHZ 7,268; 8,58; BGH LM § 1090 BGB Nr.10
(zur beschr.pers.Dienstbarkeit bzw.zum Niessbrauch);
vgl.oben S.28 Fn.62

89) BGH NJW 1959,2059 f; LM § 242 (D) Nr.41; NJW 1965,
2340 ff usw.

scheidung des jeweiligen Grundstückseigentümers zurückgehen, nie von "willkürlich" gesprochen. § 8, I 22 ALR hatte diejenigen Maßnahmen, die eine Mehrbelastung nicht begründen konnten, genau spezifiziert; die Rechtsprechung von RG und BGH versuchte eine nähere Bestimmung des Begriffs "Willkür", indem sie einfach die im ALR genannten Fälle sinngemäß in den Begriff der Willkür, den es zu bestimmen galt, einbezog. Dieses Vorgehen der Rechtsprechung ist weder gesetzlich noch sachlich legitimiert; der Rechtsprechung kann der Vorwurf nicht erspart werden, den Begriff "Willkür" recht willkürlich bestimmt zu haben. Der Gesetzgeber des BGB hat die im ALR geltende Regelung nicht ausdrücklich übernommen; die Materialien⁹⁰⁾ äusserten lediglich die Vermutung, dass die im ALR getroffene Abgrenzung wohl regelmässig im Sinne des Begründungsaktes der beiden Parteien liegen könne. Diese Auffassung mag zur Zeit des ALR und bei Beratung des BGB noch ihre sachliche Berechtigung gehabt haben, wird jedoch der heutigen Auffassung von intensiver wirtschaftlicher Grundstücksnutzung nicht gerecht. Schliesslich fällt auf, dass der Begriff willkürlich immer nur dann von der Rechtsprechung ins Spiel gebracht wurde, wenn es galt, eine ungewünschte Anpassung abzulehnen; soweit die Anpassung im Ergebnis als richtig angesehen wurde, verzichtete man auf die Verwendung des Begriffes. Es stellt sich daher die Frage, ob eine weitere Verwendung des Begriffs überhaupt erforderlich ist. Das wäre nur dann zu bejahen, wenn es gelänge, eine wirklich sachgerechte nähere

90) Mugdan, Bd. III S. 734

Bestimmung des Begriffs zu finden.

Richtig verstanden beinhaltet der Begriff Willkür - neben dem wertfreien Merkmal der freien Willensentschliessung- auch ein wertendes Moment des Inhalts, dass mit der Willkür regelmässig eine Mißachtung der Interessen anderer zur Durchsetzung der eigenen Interessen gegeben ist. Schliesslich ist in der Willkür noch ein zeitliches Moment feststellbar, nämlich in dem Sinne, dass die getroffene Entscheidung zur Unzeit, in einem Augenblick also, in dem die andere Seite nicht damit rechnet, durchgesetzt wird.⁹¹⁾ So verstanden wären willkürliche Veränderungen diejenigen Veränderungen, die auf freier Willensentschliessung beruhen, im Rahmen einer ordnungsgemässen Grundstücksentwicklung nicht notwendig sind und bei gebührender Rücksicht auf die Interessen des Handelnden von der anderen Seite nicht erwartet zu werden brauchen.

In diesem Sinne wäre der Begriff ein zugleich elastisches aber auch genau bestimmtes Kriterium, welches die von der Rechtsprechung verfolgte Kasuistik erübrigen würden. Auch würde man mit dieser Neubestimmung den zwischen den Begriffen "Vorhersehbarkeit" und "Willkür" bestehenden teilweisen Leerlauf beseitigen und eine sachgerechte Ergänzung der beiden Begriffe ermöglichen.

91) vgl. die Überlegungen im Zusammenhang von § 918 BGB bei Hoche in Pal. Anm.1 zu dem Begriff "willkürlich"

ee) Die weitere Frage, inwieweit für eine zu duldende Mehrbelastung ein finanzieller Ausgleich gewährt werden muss, ist zwar in der Rechtsprechung mehrfach aufgetaucht⁹²⁾, bisher wurde aber in keinem Fall dem Benachteiligten ein solcher Ausgleich tatsächlich zugesprochen. Nach der Rechtsprechung musste ein finanzieller Ausgleich nur bei Überschreiten der Grenze zur mißbräuchlichen Rechtsausübung gewährt werden.⁹³⁾ Dieses Kriterium erscheint zu eng. Das vom BGH jüngst aufgestellte Programm der "optimalen Befriedigung" der Interessen beider Grundstückseigentümer⁹⁴⁾ lässt sich mit dieser Rechtsprechung nicht verwirklichen. Die Folgen des Fortschritts, dem die Rechtsprechung Rechnung tragen will, werden vielmehr in recht "rückschrittlicher Weise" ausschliesslich einer Seite aufgebürdet. Die verlangte Befriedigung beider Interessen kann nur in folgender Alternative gerecht gelöst werden: Entweder man lässt nur in den Fällen unerheblicher Belastungssteigerungen eine Anpassung des Servitutenrechts zu; eine solche Lösung wäre aber in ihrer Verkennung der Anforderungen unserer Zeit lebensfremd. Der andere Weg geht dahin, den Auswirkungen der Entwicklung in grösstmöglichem sachgerechten Umfang entgegen zu kommen; die sich ergebenden Nachteile müssten dann allerdings von beiden Servitutenbeteiligten getragen werden. Das heisst, wesentliche Beeinträchtigungen müssten dem Belasteten zumindest finanziell entschädigt werden.

92) vgl. BGH NJW 1959, 2059 (2060); LM § 242 (D) Nr. 41 Bl. 2 Rücksl. bis Ende; NJW 1965, 2340 (2342 a. E.); LG Hamburg Haus und Wohnung 1954, 390

93) BGH NJW 1959, a. a. O.; LG Stade Nds. Rpf. 1. 1959, 85 (86)

94) BGH NJW 1965 a. a. O.

Diese Überlegung hätte sich eigentlich schon früher aufdrängen müssen. Bei § 906 BGB a.F. war im Rahmen des gesetzlichen Nachbarrechts über Treu und Glauben (nachbarschaftliches Gemeinschaftsverhältnis, § 242 BGB) dem Benachteiligten seit RGZ 154,160 ff ein finanzieller Ausgleich gewährt worden. Treu und Glauben wurden auch bei den Grunddienstbarkeiten als Grundlage für die Ausweitung des Rechts herangezogen. Treu und Glauben können nicht in verhältnismässig so ähnlich liegenden Interessenkonflikten (gesetzliches Nachbarrecht einerseits vertraglich vereinbartes Nachbarrecht andererseits) derartig unterschiedliche Ergebnisse zeitigen.

Diese Tendenz zum Ausgleich findet sich noch an anderer Stelle, nämlich in § 281 BGB. Danach dürfen die Vorteile aus einem zur Entschädigung verpflichtenden Ereignis nicht ausschliesslich einer Seite zugute kommen; vielmehr muss die an der früheren Situation orientierte Relation von Vorteilen und Nachteilen in etwa beibehalten werden.

In der Rechtsprechung wurde bisher auch nicht gesehen, dass entwicklungsbedingte Veränderungen in zweifacher Weise sich für das belastete Grundstück nachteilig auswirken können. Einmal kann sich auf Grund der inhaltlichen Modifikation des Servitutenrechts eine Belastungssteigerung für ein beteiligtes Grundstück ergeben z.B. durch intensivere Nutzung oder Ausweitung eines servitutarischen Verbotes. Zum anderen gibt es jedoch Fälle, in denen eine inhaltliche Änderung des Dienstbarkeitsrechts nicht eintritt, sich vielmehr

lediglich die Begleiterscheinungen der zulässigerweise ausgeübten Servitut als äusserst lästig für das andere Grundstück und dessen Bewohner erweisen, z.B. durch Benutzung neuer technischer Mittel, die durch Lärm, Gestank, Rauch, Erschütterungen usw. auf das andere Grundstück einwirken.⁹⁵⁾

Es wäre in diesen Fällen äusserst ungerecht, wenn ein Servitutenbeteiligter nach Treu und Glauben mehr erdulden müsste, als Grundstücksnachbarn bei Anwendung der Bestimmung des § 906 BGB, soweit hierfür nicht eine ausdrückliche Duldungspflicht etwa vertraglich oder servitutarisch übernommen ist.

95) vgl. RG JW 1930, 3851 ff und Anm. von Rosenberg;
vgl. auch BGH NJW 1959, 2059 (2060).

ff) Die Rechtsprechung hat die einzelnen Fallgruppen entwicklungsbedingter Veränderungen wie folgt gelöst:

(1) Veränderungen auf dem herrschenden Grundstück.

Eine Bedürfnissteigerung des herrschenden Grundstücks hat die Rechtsprechung dann für zulässig erachtet, wenn sie sich

„....in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung des herrschenden Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht vorhersehbare oder willkürliche Benutzungsänderung zurückgeht....“ 96)

Der BGH verbindet hier die bereits in den Materialien verwendeten Gesichtspunkte der Vorhersehbarkeit, Willkür und gleichbleibenden Benutzungsart zu einer "Vereinigungsformel", ohne diese Begriffe allerdings näher zu erläutern.

Seit den Protokollen bezieht sich der Ausdruck "Benutzungsart" nicht auf die Benutzungsmittel und die Art der Verwendung dieser Benutzungsmittel; Benutzung war vielmehr der "natürliche Betrieb" auf dem herrschenden Grundstück und Benutzungsart die Art, wie der Betrieb sich dort als bleibende Einrichtung manifestierte. Dies wurde aus § 1019 BGB und dem altrechtlichen Grundsatz gefolgert, wonach eine Grunddienstbarkeit für das Grundstück von Vorteil, "praedio utilis" sein musste. In der Praxis erwies sich jedoch die von der Rechtsprechung gezogene Grenze der "gleichbleibenden Nutzungsart" als zu schematisch und wurde in manchen

96) BGH NJW 1965, 2340 (2341) m. Hinw. auf die frühere Rspr.

Fällen dem gewünschten sachlichen Ergebnis nicht gerecht. Die Beantwortung der Frage, ob eine Nutzungsänderung gegeben war oder nicht, hing mehr oder weniger davon ab, unter welche "Benutzungsschablone" jeweils "der natürliche Betrieb" des herrschenden Grundstücks eingeordnet wurde. Eine kleine Verschiebung innerhalb dieses Schemas ergab u.U. grundlegend andere Folgen. Manipulationen durch Erweiterung oder Einengung des Begriffs waren möglich; teilweise waren sie erforderlich, wollte man die ständige Rechtsprechung respektieren und trotzdem ein sachlich angemessenes Ergebnis erreichen.

So durfte nach der Rechtsprechung nicht von landwirtschaftlicher Nutzung des Grundstücks zur gewerblichen Nutzung übergegangen werden⁹⁷⁾; auch war es nicht möglich innerhalb der gewerblichen Nutzung eines Grundstücks von einem Gewerbezug auf den anderen überzuwechseln.⁹⁸⁾ Andererseits liess die Rechtsprechung innerhalb der gleichbleibenden Nutzungsart auch sehr erhebliche Bedürfnissteigerungen ohne Beanstandung zu, während sie bei Änderung der Nutzungsart wesentlich geringere Bedürfnissteigerungen - wie angedeutet- als unzulässig ansah.

Der BGH versuchte diesem folgenschweren "Entweder Oder" in mehrfacher Weise zu entgehen. So äusserte er an einer Stelle Zweifel.⁹⁹⁾

"..... ob unter den heutigen, rascheren Wechseln unterworfenen Verhältnissen an dem Erfordernis einer gleichbleibenden Einrichtung noch festzuhalten ist. Wenn ja, ist es jedenfalls im weiten Sinn auszulegen derart, dass schon die Erstellung eines Hauses in einer Art, die (nicht willkürlich) von vornherein auf den Betrieb eines gewerblichen Unternehmens von be-

97) vgl. die oben S.22/23 in Fn.30-44 zit. Rechtspr.

98) vgl. die oben S.24/25 in Fn.45-52 zit. Rechtspr.

99) BGH NJW 1965,2340(2341)

bestimmtem Zuschnitt ausgerichtet ist, als bleibende Einrichtung in jedem Sinne zu gelten hat. Das erfordert eine sinnvolle Anpassung älterer Wegerechte an die Fortentwicklung der allgemeinen Lebensverhältnisse und Verkehrsverhältnisse im besonderen...."

Leider hat der BGH die angeführten Überlegungen zur Erforderlichkeit der bleibenden Einrichtungen nicht zu Ende geführt. Er wäre möglicherweise zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzung "gleichbleibender Nutzungsart" sowie das hierfür indizielle Erfordernis der "bleibenden Einrichtung" durchaus entbehrt werden kann, ohne dass ungerechte Ergebnisse die Folge wären.

Das Gesetz schliesst an keiner Stelle aus, dass der Vorteil, der dem herrschenden Grundstück gewährt werden muss, sich nicht etwa ändern kann; es muss nur überhaupt ein Vorteil, der in dem herrschenden Grundstück "imprägniert" ist, vorhanden sein. Es ist daher nicht einzusehen, inwiefern sich die tatsächlichen Gegebenheiten auf dem herrschenden Grundstück nicht ändern dürfen, soweit dies für das herrschende Grundstück von Vorteil ist. Es muss nur eine neue tatsächliche Grundlage, der die Servitut ebenfalls "dienstbar" sein kann, unmittelbar mit Wegfall der alten Grundlage in Erscheinung treten. Ändert sich z.B. die landwirtschaftliche Nutzung eines Grundstücks in eine gewerbliche Nutzung, dürfte sicherlich eine Wegeservitut auch für die neue Nutzungsart von Vorteil sein.

Das Gesetz verlangt übrigens an keiner Stelle, dass

die Nutzungsart gleichbleiben muss. Eine entsprechende Regelung kannte zwar das Preuss. ALR in den §§ 8 und 71 I 22, glaubte die RTK "regelmässig als im Sinne des Begründungsaktes liegend" zu sehen; keiner dieser Umstände zwingt jedoch tatsächlich dazu, die Voraussetzung einer "gleichbleibenden Nutzungsart" beizubehalten; sie gilt insbes. dann nicht mehr, wenn sachliche Argumente gegen dieses Kriterium sprechen. Bei der Auslegung des Grundbucheintrages kann sich nämlich möglicherweise ergeben, dass die Parteien tatsächlich eine "gleichbleibende Nutzung" des herrschenden Grundstücks vereinbaren wollten oder in eindeutiger Weise davon ausgegangen sind. Eine Vermutung dahin, dass die Parteien regelmässig davon ausgehen, ist jedenfalls mangels näherer gesetzlicher und -im Regelfall- tatsächlicher Anhaltspunkte nicht von vornherein zulässig.

Das gleiche gilt auch bei einer "Inhaltsbestimmung" kraft dispositiven Rechts. Treu und Glauben, die hier maßgeblichen Gesichtspunkte, lassen sich keineswegs zwingend in der von der Rechtsprechung verfolgten Richtung konkretisieren. Es sind durchaus Fallkonstellationen denkbar, die auch bei "Änderung der Nutzungsart" eine Anpassung der vorhandenen Servitut mit Treu und Glauben in Einklang stehen lassen. Was die Parteien sicherlich nicht "gewollt" haben und was sie möglicherweise nach Treu und Glauben nicht beanspruchen können bzw. dulden müssen, das ist eine übermässige Ausweitung des Dienstbarkeitsrechts. Eine solche kann sich auch

bei gleichbleibender Nutzungsart des herrschenden Grundstücks ergeben.

Auch für eine Weiterentwicklung des Begriffs "Willkür" finden sich in der Entscheidung des BGH¹⁰⁰⁾ verwertbare Ansatzpunkte. Wurde bisher als "willkürlich" in Anlehnung an §§ 8,71 I 22 ALR lediglich das angesehen, was auf den Willen der Parteien zurückgeht, unternahm der BGH nunmehr den Versuch, den Begriff der Willkür in einem grösseren Zusammenhang zu sehen. So betrachtete der BGH die Errichtung eines zusätzlichen Stockwerks, -eine Baumaßnahme, die wohl eindeutig auf den Willen des betreffenden Grundstückseigentümers zurückgeht- im Wege der sogen. "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" sachlich zurecht nicht als "willkürliche Bedürfnissteigerung". Dieser Umweg über die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" wäre allerdings entbehrlich gewesen, hätte der BGH bereits den Begriff der "Willkür" selbst unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten neu bestimmt. Das sachlich richtige Ergebnis hätte sich dann bereits beim ersten Schritt ergeben. Der BGH fühlte sich wahrscheinlich doch noch zu sehr der seit 1900 eingespielten Terminologie verpflichtet.

Die genannte BGH-Entscheidung konnte schliesslich noch in einer dritten Hinsicht hoffnungsvolle Ansatzpunkte geben, nämlich durch die Heranziehung der sogen. "hypothetischen Betrachtungsweise". So sollte nach dem BGH die Ausübung eines Wegerechts nicht unzulässig werden, wenn der Eigentümer des Grundstücks, für welches das Wegerecht besteht, ein wei-

100) vgl.oben BGH NJW 1965,2340 ff

teres -nicht berechtigtes- Grundstück hinzuerwirbt und auf beiden Grundstücken ein einheitliches Gebäude und einen einheitlichen Gewerbebetrieb errichtet. Der Umfang der Berechtigung -so führte der BGH aus- bemesse sich nunmehr nach dem Durchschnittsmaß der Nutzung aus der Zeit vor der Ausdehnung des Betriebes, wobei allerdings der Entwicklung Rechnung zu tragen sei; dieses Durchschnittsmaß sei im Wege der hypothetischen Betrachtungsweise festzustellen.

Der BGH rückte mit dieser Entscheidung von der bisherigen Auffassung in Rechtsprechung und Lehre ab, die in solchen Fällen wegen der entstehenden Differenzierungsschwierigkeiten eine weitere Ausübung des Servitutenrechts überhaupt als unzulässig ansah.¹⁰¹⁾

Der BGH ist mit seinem Lösungsweg zwar von der verhängnisvollen "Alles oder Nichts"-Alternative unabhängig geworden, fraglich bleibt jedoch weiterhin, ob die vom BGH gefundene Lösung der einzig mögliche Weg ist, die Interessen beider beteiligten Grundstückseigentümer in optimaler Weise zu befriedigen. Der Lösungsweg scheint letztlich doch zu formalistisch darauf abzustellen, dass nur einem Grundstücksteil die Grunddienstbarkeit zusteht. Immerhin wird die Servitut von dem Grundstück ausgeübt, welchem sie zusteht.

Hätte sich, -ohne wesentliche bauliche Veränderung- lediglich die Zahl der Mieter bzw. Benutzer des berechtigten Grundstücks vermehrt, würde der BGH sicherlich keine Bedenken getragen haben, diese Belastungs-

101) vgl. RGZ 27,164; Kohler AcP 87,224 ff,226; St.M.H.§ 31 II Fn.49

steigerung als zulässig anzusehen. Solche Steigerungen können aber u.U. für den Verpflichteten wesentlich unangenehmer sein¹⁰²⁾, als wenn über das berechnigte Grundstück auch Vorteile für ein nichtberechtigtes Grundstück, das dem berechtigten verbunden wurde, abgewickelt werden. In der früheren Rechtsprechung wurde darauf abgestellt, ob das berechnigte Grundstück gegenüber dem hinzu erworbenen wirtschaftlich die "Hauptsache" darstellte.¹⁰³⁾

Letztlich dürfte wohl die "quantitative- Erheblichkeit einer Veränderung, das heisst das Ausmaß der Einwirkungen auf das belastete Grundstück dafür entscheidend sein, ob die Bedürfnissteigerung tragbar ist oder nicht. Nur auf diesem Wege wird das vom BGB angestrebte "Optimum beiderseitiger Interessenbefriedigung" verwirklicht werden können. Dieses Kriterium ist keineswegs so allgemein und unbestimmt, dass allein aus diesem Grunde seine Verwendung abgelehnt werden könnte.

Die Zerstörung der auf dem herrschenden Grundstück befindlichen Anlagen bringt eine für das Grundstück bestehende Servitut nicht zum Erlöschen.¹⁰⁴⁾ Der Vorteil für das herrschende Grundstück kommt erst dann in Wegfall, wenn die Absicht des Wiederaufbaues für dauernd aufgegeben wird. Die Ausübung der Dienstbarkeit für einen Wiederaufbau muss selbst dann geduldet werden, wenn sich das neuerbaute Gebäude von dem früheren in Gestaltung und Größe (z.B. zusätzliches Stockwerk, ver-

102) vgl. RG SA 79 Nr. 117;

103) vgl. St.M.H. § 31 II S. 554 u. Fn. 52

104) vgl. BGH NJW 1965, 2340 (2341); vgl. aber auch die unterschiedliche Rechtspr. bei den beschr. pers. Dienstbarkeiten und bei Nießbrauch. (vgl. oben S. 28, Fn 62 und S. 95, Fn. 87)

änderte Fassade, zurückgesetzte Front) unterscheidet.¹⁰⁵⁾

Das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks kann sich auch dadurch ändern, dass der Kreis der berechtigten Personen eine Erweiterung verlangt. Nach der Rechtsprechung erstreckt sich die Dienstbarkeit, ohne dass es eines besonderen Hinweises bedarf, regelmässig auch auf die Familienangehörigen des Grundstückseigentümers und auf die Mieter des herrschenden Grundstücks.¹⁰⁶⁾ Veränderungen im Gefüge der Mieter sind hinzunehmen, auch wenn dadurch eine Benutzungssteigerung eintritt.¹⁰⁷⁾

Nebenpflichten, welche ausdrücklich über § 1021 Abs.1 BGB verdinglicht sind, wachsen entsprechend dem Umfang des Hauptrechtes, auch wenn diese Steigerung zu einer erheblichen Mehrbelastung wird. Ein finanzieller Ausgleich wird nicht gewährt.¹⁰⁸⁾

(2.) Veränderungen auf dem dienenden Grundstück.

Veränderungen auf dem dienenden Grundstück tendieren zur Beschränkung des Dienstbarkeitsrechtes. Auf die Lösung dieser Interessenkollision bietet sich in § 1020 Abs.1 Satz 1 BGB ein gesetzlicher Anhaltspunkt, wonach der Dienstbarkeitsberechtigte zur "tunlichsten Schonung" der Interessen des Eigentümers des dienenden Grundstücks verpflichtet ist. Obwohl nach dem Wortlaut der Bestimmung diese Verpflichtung nur "bei Ausübung" gilt, zog die Rechtsprechung § 1020 BGB dazu heran, um den Inhalt der bestehenden Servitut nachträglich zu modifi-

105) vgl. BGH NJW 1965, 2340 ff

106) vgl. Löscher in D.RpfL. 1962/432 gegen LG Bremen Bl.GBW 1957/383; Planck, SR (1933) § 1018 Anm. 5; vgl. OLG Hamburg HRR 1930, 2063; vgl. aber OLG Königsberg HRR 1937 Nr. 1442

107) LG Kleve, Haus und Wohnung 1951 Nr. 55; BGH VRS 23, 247

108) BGH LM § 242 (D) Nr. 41

zieren.¹⁰⁹

Über § 1020 BGB hinausgehend hat der BGH in einem Falle¹¹⁰⁾ zusätzlich noch § 242 BGB verwendet und daraus gewisse Nebenpflichten für den Dienstbarkeitsberechtigten (Verpflichtung zum Bau von Schutzbrücken beim Betrieb einer Seilbahn) gefolgert. Der Inhaltsbestimmung auf Grund § 1020 BGB, der an sich schon Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben ist¹¹¹⁾, folgte somit eine weitere Inhaltsbestimmung an Hand von § 242 BGB, der zur Begründung einer Nebenverpflichtung verwandt wurde. Der Grundsatz "servitus in facienda consistere nequit", der für den Belasteten gilt, wurde somit in Anwendung auf den Berechtigten "durchbrochen".

Die Rechtsprechung lässt dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Möglichkeit, trotz der bestehenden servitutarischen Belastung sein Grundstück zu erschliessen und es in umfassender Weise zu verändern, selbst wenn dadurch die Servitut beeinträchtigt wird. Dass die Erschliessung des dienenden Grundstücks eigentlich eine "willkürliche Handlung" des Eigentümers darstellt, die, fände sie auf dem herrschenden Grundstück statt, eine Duldungspflicht ausschliessen würde,¹¹²⁾ scheint den BGH nicht zu berühren. Dieses Ergebnis ist insofern richtig, als dem Belasteten die Erschliessung seines Grundstücks trotz der bestehenden Servitut nicht verwehrt wird.

109) vgl. BGH LM § 242 (D) Nr. 31 Bl. 2; VRS 23, 247; vgl. Wolff-R. § 1007 Fn. 3; vgl. RGRK 1964 § 1020 Anm. 1 m. w. H., wonach sich der Berechtigte nicht unerhebliche Einschränkungen seines Rechts gefallen lassen muss

110) BGH LM § 242 (D) Nr. 31

111) Hoche in Pal. § 1020 Anm. 1

112) vgl. BGH NJW 1965, 2340 ff (2341) u. st. Rspr.

Unbillig erscheint es jedoch, den Berechtigten, der lediglich sein Recht in der bisherigen Weise ausübt, mit den Kosten für die Maßnahmen zu belasten, welche erforderlich wurden, um die Folgen der von der anderen Seire veranlassten Veränderungen zu "neutralisieren". § 1023 BGB, der eine ähnliche Fallkonstellation regelt, legt die Kosten demjenigen auf, welcher die Veränderungen veranlasst hat bzw. durchführen will. Der Grundsatz von Treu und Glauben, welcher letztlich auch in § 1023 BGB eine Konkretisierung erfahren hat, kann nicht in einem ähnlich gelagerten Falle, nur weil er unmittelbar auf § 242 BGB gestützt wird, zu einem gegensätzlichen Ergebnis führen.

(3) Veränderung der Grundstücksumgebung.

Diese Art von Veränderungen kann ausnahmsweise zum Wegfall des Vorteils für das herrschende Grundstück führen. Die Grunddienstbarkeit wird damit gegenstandslos. Dieser Fall ist eine Art "Wegfall der objektiven Geschäftsgrundlage".¹¹³⁾

Üblicherweise führen allerdings Veränderungen der Grundstücksumgebung dazu, dass Inhalt und Umfang der bestehenden Servitut der neuen Situation angepasst werden. So hat das OLG Hamburg¹¹⁴⁾ eine Villenservitut, die "Häuser mit einer oder zwei Familien" vorschrieb, durch den Bau von später im betreffenden Viertel üblichen Zwei-, Drei- oder Vierfamilienhäuser als nicht verletzt angesehen, da sich insofern die Dienstbarkeit

113) vgl. KG OLG 1931, 336 f; BGH NJW 1967, 1609 (1610)

114) OLG Hamburg MDR 1963, 779 f (dieses Urteil wurde später vom BGH (= NJW 1965, 2398) aufgehoben; die Aufhebung erfolgt jedoch aus Gründen, welche die Gültigkeit der vom OLG getroffenen Feststellungen nicht berühren.)

den veränderten Verhältnissen anzugleichen habe. Als Bezugspunkt für die inhaltliche Ausweitung der Servitut wurde dabei "Treu und Glauben" benutzt. Das KG¹¹⁵⁾ beschränkte sich darauf, ohne weitere Begründung festzustellen, dass "dem .. Wandel des Geschmacks, den der Zeitablauf im Bau von Häusern (tatsächlich) .. mit sich bringt, bei der Ausübung der Servitut Rechnung zu tragen ist...." Die Einhaltung eines früheren Baustils kann nicht verlangt werden, wenn sich allgemein die Bauweise der umgebenden Grundstücke geändert hat.

(4) Veränderung allgemeiner Begriffe.

Die früher verwendeten Begriffe wie Villa, Villenstil usw. sind den heutigen Vorstellungen und Geschmacksrichtungen anzugleichen.¹¹⁶⁾ So kann eine Villenservitut, welche ausdrücklich "Villenstil" vorschreibt, heute in einem gewissen Umfang auch mit dem Bau von Mehrfamilienhäusern vereinbar sein.

(5) Änderung des öffentlichen Grundstücksrechts.

Die Änderung des öffentlichen Grundstücksrechts hat auf "parallele" private Grunddienstbarkeiten keinen Einfluß. Der privatrechtliche Vorteil wird unabhängig, zum Teil gerade wegen der Veränderlichkeit des öffentlichen Rechts, gewährt.¹¹⁷⁾ So hat die Umzonung im Rahmen des Bauplanungsrechts keinen

115) KG JR 1963,18 ff(19)

116) KG JR 1963,18 ff; vgl. auch Hoche in Pal.

117) vgl. allgemein zur Vereinbarkeit von "parallel laufenden Grunddienstbarkeiten" mit dem öffentl. Grundstücksrecht; Diss.von Zopfs. vgl.auch KG JR 1963,18 ff (insbes.S.19)

Einfluß auf eine bestehende Quartiersservitut, welche die ursprünglich auch vom öffentlichen Recht für das betreffende Viertel angeordnete Nutzung vorschreibt. Gerade in diesem Falle zeigt die privatrechtliche Grunddienstbarkeit ihre eigenständige, für den Servitutenberechtigten günstige Wirkung.¹¹⁸⁾

¹¹⁸⁾ vgl. oben Fn.117)

d.) Anpassung durch konstitutiven Akt der Parteien.

Die von RGZ 126,370 (373) ins Spiel gebrachte "stillschweigende Übereinkunft" über den Umrang einer bestehenden Servitut ist vom BGH¹¹⁹⁾ als Anpassungsmethode abgelehnt worden. Einer solchen Übereinkunft könne allenfalls deklaratorischer Charakter zukommen. Eine längere tatsächliche Duldung einer bestimmten Grundstücksnutzung, die nicht oder nur mit erheblichen Zweifeln unter den Inhalt einer Servituteneintragung subsumiert werden kann, solle -so der BGH- lediglich Jndiz für einen möglichen Willen der Parteien im Zeitpunkt der Servitutenbestellung sein.

Anerkannt hat der BGH jedoch eine -unter Umständen auch stillschweigend mögliche- obligatorische Vereinbarung, mit der Jnhalt und Umfang einer nicht mehr ausreichenden oder sonst zweifelhaften Dienstbarkeit den geänderten Verhältnissen angeglichen werden. Einer solchen Vereinbarung kommt jedoch wegen ihrer ausschliesslich schuldrechtlichen Wirkung Bedeutung nur beschränkt auf das Verhältnis der Parteien dieser Vereinbarung zu. Eine solche Vereinbarung können nicht nur die Besteller der Servitut treffen, sondern alle späteren Grundstückseigentümer.

Nach BGH LM § 1018 Nr.10 muss eine derartige Vereinbarung zweifelsfrei sein; sie kann in der Regel nur in einer ausdrücklichen Erklärung gefunden werden. Stillschweigendes -auch langjähriges- Verhalten soll nur dann Rückschlüsse auf einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen zulassen, wenn das Verhalten mit

119) BGH NJW 1959,2059 (2060); LM § 242 (D) Nr.41;
vgl. auch oben S.83-88

Gewissheit und unter Ausschluss jeder sonstigen Auslegungsmöglichkeit die Absicht erkennen lässt, einen solchen Geschäftswillen kundzutun.

Diese Entscheidung verdient volle Zustimmung.

Die hier erlaubte "stillschweigende Vereinbarung" ist angesichts der aufgestellten strengen Voraussetzungen echte Willenserklärung, nicht nur versteckte Unterstellung. Der BGH hat damit jedem Mißbrauch nachbarschaftlicher Duldung, der in früheren Zeiten immer wieder zum Streit über die Entstehung von Nutzungsrechten führte, rechtlichen Schutz versagt. Erst damit hat der BGH den Überlegungen Rechnung getragen, welche das Reichsjustizamt bereits in den Bestimmungen des BGB verwirklicht sehen wollte.¹²⁰⁾

Neben der Anpassung durch obligatorische Vereinbarung mit beschränkter Wirkung auf das Verhältnis der Parteien besteht selbstverständlich die Möglichkeit einer dinglichen Änderung des Rechts durch Einigung und -abändernde- Eintragung im Grundbuch gemäß §§ 873, 877 BGB.

Dieses Erfordernis von Einigung und Eintragung besteht auch bei Inhaltsänderungen von Servituten, welche vor Inkrafttreten des BGB begründet wurden.¹²¹⁾

120) vgl. oben S. 39/40

121) vgl. BayObLGZ 1922, 70 (71)

5. Den Servituten verwandte gesetzliche Regelungen
des bürgerlichen Rechts.

a.) Das Notwegrecht.

§ 917 BGB: Fehlt einem Grundstück die zur ordnungsmässigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege, so kann der Eigentümer von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Die Richtung des Notwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichen Falles durch Urteil bestimmt. Die Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt, sind durch eine Geldrente zu entschädigen....

§ 918 BGB: Die Verpflichtung zur Duldung des Notwegrechts tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers aufgehoben wird.

.....

Das Notwegrecht ist nach der Regelung des BGB gesetzliche Beschränkung des Eigentums. Die in ausländischen Kodifikationen¹⁾ anzutreffende Unterscheidung in Legalservituten einerseits und vertraglichen Servituten andererseits wurde -obwohl rechtstheoretisch präziser- für das BGB nicht übernommen. Das Notwegrecht ist damit kein Recht am Grundstück; es ist nicht eintragungsfähig.

Voraussetzung des Notwegrechts ist das Fehlen einer "zur ordnungsmässigen Benutzung des Grundstücks notwendigen Verbindung mit einem öffentlichen Weg." Dies gilt auch dann, wenn eine vorhandene Wegeservitut diese Verbindung zum öffentlichen Wegenetz nicht in dem für das Grundstück erforderlichen Maße bieten kann.^{1a)} Entscheidend ist auch hier nicht das persönliche Bedürfnis des Grundstückseigentümers sondern das Bedürfnis des Grundstücks. Durch die Beschränkung auf

1) vgl. Art. 640 ff. franz. Cc; Art. 1027 ff. ital. Cc; Art. 740 ff. Schweizer ZGB
vgl. auch Liver, Festschr. f. Gutzwiller S. 749-768;
ders., Die Servitut in der Eigentumsordnung, Zeitschrift für Schweizer Recht Band 85 (1966) S. 297-333.

1a) Hoche in Pal. § 917 Anm. 2b

die "ordnungsmässige" Benutzung ist das Bedürfnis nicht auf übermässige Nutzungen ausdehnbar. Eine ordnungsmässige Benutzung ist dann anzunehmen, wenn sie "der Lage, Grösse und Wirtschaftsart des Grundstücks entspricht und zur Aufrechterhaltung eines rentablen Wirtschaftsbetriebs erforderlich ist, wobei dem Fortschritt der Zeit und den örtlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen ist."²⁾

Beim Notwegrecht darf auch die Benutzungsart des Grundstücks, für das es beansprucht wird, geändert werden, solange darin nicht eine willkürliche Handlung zu sehen ist, mit der die bisherige Verbindung mit dem öffentlichen Weg aufgehoben wird. (§ 918 Abs.1 BGB) "Willkürlich" würde in diesem Zusammenhang als "eine auf freier Willensentschliessung beruhende, nicht durch die ordnungsgemässe Benutzung des Grundstücks gerechtfertigte, die Bedürfnisse des Nachbarn nicht genügend berücksichtigende Handlung" definiert.³⁾ In der Regel werden damit auch Bedürfnissteigerungen, die auf eine Änderung der Benutzungsart des Grundstücks zurückgehen, einen Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts begründen können.^{3a)} Die gesetzliche Regelung der §§ 917/918 BGB geht insofern also über die von der Rechtsprechung zu den Grunddienstbarkeiten anerkannte Grenze der Bedürfnissteigerung hinaus.⁴⁾ Gemäß § 917 Abs.2 BGB ist der Eigentümer, über dessen Grundstück der Notweg führt, durch eine Geldrente zu entschädigen. Es kommt hier der Grundgedanke des § 904 BGB zum Vorschein, wonach rechtmässige Einwirkungen zwar zu dulden sind, jedoch nicht zu einer einseitigen Benachteiligung des duldungspflichtigen Nachbarn führen dürfen; die durch die Einwirkung

2) BGH WM 1959,462; 1966,346; vgl. aber auch IM § 917 Nr.2 (Thieme)

3) Hoche in Pal. § 918 Anm.1 m. Hinw. auf Rspr.

3a) Hoche in Pal. § 917 Anm.2b

4) vgl. BGH NJW 1965,2340 (2341)

erlangten Vorteile sind zum Ausgleich zu bringen. Es ist eine finanzielle "Entschädigung" zu zahlen.

Würde an Stelle der großzügigen Anpassung von Wegeservituten, wie sie die Praxis durchführt, eine durchaus vertretbare zurückhaltende Anpassung treten, die nur unter ganz strengen Voraussetzungen den veränderten Umständen Rechnung trägt, würde sich die Lösung vieler-wenn auch nicht aller-Fälle⁵⁾ bald auf die §§ 917 ff BGB verlagern. Einer Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen würde sich der belastete Grundstückseigentümer wohl bereitwilliger beugen als einer ausdehnenden "Inhaltsbestimmung" des bestehenden dinglichen Wegerechts. Diese Lösung böte den zusätzlichen Vorteil, dass eine stärkere Belastung des dienenden Grundstücks mit einer Geldrente entschädigt werden müsste, ein weiterer Gesichtspunkt, der dem Nachbarn die Duldungspflicht zu tragen erleichtern wird. Eine Abhilfe durch Anwendung der Bestimmungen des Notwegrechts würde schliesslich dem vom BGH^{5a)} verlangten "relativen Optimum beiderseitigen Interessenbefriedigung" eher entsprechen als die von der Rechtsprechung geübte einseitige Abwälzung der Nachteile des Fortschritts auf den Eigentümer des duldungspflichtigen Grundstücks. Die Verwandtschaft des Notwegrechts zu den Wegeservituten wurde bisher weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung gesehen; ein Versuch, die in den §§ 917 f BGB enthaltenen Grundgedanken für die Anpassung von Wegeservituten nutzbar zu machen wurde bisher nicht unternommen; ein solcher Versuch erscheint jedoch der Mühe wert.

5) Wegerechte entstehen meist nur da, wo eine Verbindung zum öffentlichen Strassennetz fehlt oder ein vorhandenes Wegerecht nicht ausreicht.

5a) BGH NJW 1965, 2340 ff (2342 a.E.)

b.) Der Überbau.

§ 912 BGB: Hat der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne dass ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Überbau zu dulden, es sei denn, dass er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat.

Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen. Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend.

Es ist nicht ohne weiteres erkennbar, inwiefern eine Ähnlichkeit zwischen den in §§ 912 ff BGB zum Überbau getroffenen Regelungen und den Fällen der Servitutenanpassung gegeben sein soll. Immerhin schliessen gewisse "baubeschränkende" Grunddienstbarkeiten, welche bestimmte Handlungen bzw. die Ausübung bestimmter Rechte verbieten, die sich aus dem Eigentum ergeben, eine gedankliche Bezugnahme nicht von vornherein aus. Ein Vergleich erscheint zumindest erwägenswert.

Gemäß § 912 BGB ist ein entschuldigter Überbau, dem nicht widersprochen wird, von dem Grundstücksnachbarn zu dulden; der duldungspflichtige Eigentümer ist durch eine Geldrente zu entschädigen.

Überbau ist das Überschreiten einer Grundstücksgrenze mit einem Bauwerk.⁶⁾

Der BGH hat jedoch die Überbaubestimmungen analog auf den Fall angewandt, in dem durch Errichtung eines Gebäudes auf dem eigenen Grundstück -ohne Überschreitung der Grundstücksgrenze⁷⁾ -eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird. Der BGH hat dies damit begründet, dass die Zerstörung wirtschaftlicher Werte vermieden werden müsse; die Interessenlage sei hier⁸⁾ keine andere als wenn unter den gleichen subjektiven Voraussetzungen

6) vgl. Hoche in Pal. § 912 BGB Anm. 2

7) BGH NJW 1963, 807 ff; der hier einschlägige § 916 BGB regelt nur den Fall, dass ein grenzüberschreitender Bau die Dienstbarkeit beeinträchtigt.

8) BGH a.a.O. S. 809

die Grenze überbaut werde. Diese Voraussetzungen seien so streng, dass eine entsprechende Anwendung auf Fälle der Beeinträchtigung einer Dienstbarkeit auf dem eigenen Grundstück tatsächlich nur in den wirklich berechtigten Ausnahmefällen zum Zuge komme.

Es fragt sich nun, ob diese Überlegungen des BGH auch auf den umgekehrten Fall Anwendung finden können, in dem das -zum Beispiel mit einer baubeschränkenden Servitut belastete- Eigentum durch Ausweitung des dinglichen Rechts (Ausweitung des Verbotsumfangs im Wege der Anpassung) stärker belastet wird. Auch in diesem Falle wird die Grundstücksgrenze, so wie sie sich in Abweichung von der gesetzlich festgelegten Grenze nach Maßgabe der dinglichen Belastung darbietet, "verrückt". Eine Grunddienstbarkeit ist insofern -als "vereinbartes" Nachbarrecht-⁹⁾ kein aliud gegenüber dem gesetzlichen Nachbarrecht, sondern ist bei der näheren Bestimmung der im gesetzlichen Nachbarrecht bedeutsamen Kriterien "Grundstück" und "Grundstücksgrenze" ergänzend heranzuziehen. "Grundstücksgrenze" wäre damit die Grenze zwischen den servitutarisch modifizierten Interessensphären der beiden Grundstückseigentümer. Kommt es zu einer Überschreitung der so verstandenen "Grundstücksgrenze", kann somit durchaus ein Vergleich zum Überbau im Sinne der §§ 912 ff BGB gezogen werden.

Allerdings gilt das vom BGH genützte Argument, es müsse die unnötige Zerstörung von wirtschaftlichen Werten (Gebäudeschutz) vermieden werden, hier nicht. Der belastete Eigentümer wird jedoch durch die Ausweitung eines servitutarischen Verbotes vielfach in der wirtschaftlichen Nutzung seines Grundstücks recht

9) vgl. Liver a.a.O. (s.oben S.116 Fn.1)

erheblich eingeschränkt. Solange allgemeine, in der Entwicklung von Technik und wirtschaftlichen Anschauungen begründete Umstände die Ausweitung der Servitut verlangen, wäre die "Grenzüberschreitung" auch von dem Dienstbarkeitsberechtigten nicht zu vertreten, also im Sinne von § 912 BGB entschuldigt.

Die hier in Erwägung gezogene analoge Behandlung von "Überbau" und Ausweitung einer Grunddienstbarkeit leidet allerdings an der Schwierigkeit, dass eine "Grenze" zwischen Servitut und Eigentum nicht so deutlich festgestellt werden kann wie die natürliche Grenze zwischen zwei Grundstücken.

Die Grenze zwischen Dienstbarkeit und Eigentum liesse sich jedoch insofern in durchaus praktikabler Weise feststellen, als man als Grenze den Dienstbarkeitsumfang nimmt, wie er sich auf Grund der eigentlichen Auslegung ergibt. Die von der Rechtsprechung vielfach an die eigentliche Auslegung angehängte weitere "Inhaltsbestimmung" müsste ausser Betracht bleiben. "Grenzüberschreitung" wäre somit diejenige Ausübung, welche den Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeit - wie sie sich nach der eigentlichen Auslegung ergeben - übersteigt.

Gemäß § 912 BGB kann nur der sofortige Widerspruch gegen eine erkennbare Grenzüberschreitung das Eintreten der -dinglich wirkenden- Duldungspflicht verhindern. Damit kommt also wiederum dem "späteren Verhalten" der Parteien maßgebliche Bedeutung zu. Im Gegensatz zur bisherigen Praxis, die dem späteren Verhalten allenfalls obligatorische Wirkung zubilligte,

würde eine Heranziehung von § 912 BGB eine Duldungspflicht mit dinglicher Wirkung ermöglichen.

Der duldungspflichtige Eigentümer kann gemäß § 912 Abs. 2 BGB eine Entschädigung in Form einer Geldrente beanspruchen.

Die Vorschriften des Überbaurechts bieten somit eine interessante Vergleichsmöglichkeit. Die mit dem Servitutenrecht gemeinsamen Gesichtspunkte wurden bisher nicht erkannt; sie konnten daher auch bei der Anpassungsfrage nicht nutzbar gemacht werden.

c.) Der Immissionsschutz nach dem BGB.

§ 906 BGB alter Fassung:

Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnl. von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstückes, nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.

§ 906 BGB neuer Fassung:¹⁰⁾

Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnl. von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.

Das gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.

.....

Das RG hat in JW 30,3851 ff den mit der Betriebsausweitung (Nebenpostamt wird Zentralpostamt) und der Benutzung der (inzwischen aufgekommenen) Kraftfahrzeuge hervorgerufenen erheblichen Mehrbelastungen insbesondere den damit verbundenen Begleiterscheinungen (Vermehrung der

10) in der seit 1960 gültigen Fassung

Geräusche durch Hupen, Vibration der Gebäude und Geruchsbelästigung) dadurch zu begegnen versucht, dass es darauf abstellte, inwieweit diese betreffenden Begleiterscheinungen bei Begründung der Servitut im Jahre 1907 vorhersehbar waren.

Das war bezüglich dieser Begleiterscheinungen zweifellos nicht der Fall.¹¹⁾ Das RG hat diese Frage selbst nicht entschieden. Im Falle einer Verneinung der Vorhersehbarkeit wäre es aber gezwungen gewesen die Ausübung der Dienstbarkeit überhaupt zu untersagen, wollte es diese lästigen Begleiterscheinungen abstellen; diese Nebenerscheinungen lassen sich nämlich von der Ausübung des Rechts im eigentlichen Sinne nicht trennen. Diese Folgerung brauchte das RG in seiner Entscheidung nicht zu ziehen; Rosenberg hat sie in seiner Anmerkung zu dem Urteil wohl übersehen, sonst wäre seine zustimmende Bemerkung sicherlich etwas reservierter ausgefallen.

Gleich wie das RG entschieden hätte, seine Entscheidung wäre in diesem Zusammenhang zumindest "schief" gewesen; keiner Seite wäre volle Gerechtigkeit widerfahren. Das RG hätte nämlich entweder mehr oder weniger gewährt, als die Parteien unter dem Gesichtspunkt dem gesetzlichen Immissionsschutzes gemäß § 906 BGB alter oder neuer Fassung einander schuldeten. Erklärte das RG die Begleiterscheinungen (und damit die Steigerung des Bedürfnisses überhaupt) für unzulässig, benachteiligte es den Berechtigten, im Vergleich zu seiner Stellung, die er gemäß § 906 BGB beanspruchen hätte können;

11) so im Ergebnis auch Rosenberg in seine Anm. zu dem Urteil (JW 1930 S.3853)

denn die Benützung eines Postamts mit Kraftfahrzeug war nach den örtlichen Verhältnissen dieser Lage sicherlich als gewöhnlich bzw. als ortsüblich anzusehen. Erklärte das RG aber die Bedürfnissteigerung (und damit die Begleiterscheinungen) für zulässig, gewährte es dem Berechtigten mehr als er nach der Praxis des RG zu § 906 BGB a.F. und nach dem Wortlaut des § 906 BGB n.F. überhaupt beanspruchen konnte. Der Dienstbarkeitsverpflichtete hätte als Grundstücksnachbar bei derartigen Immissionen gemäß § 906 BGB zwar nicht eine Eindämmung der Begleiterscheinungen, nach der späteren Praxis des RG aber zumindest einen finanziellen Ausgleich für die Erschwernisse beanspruchen können.

Es stellt sich die Frage, ob nicht ein Vergleich mit dem Immissionsschutzrecht des § 906 BGB in dem vom RG zu entscheidenden Fall hätte Hilfestellung geben können. Eine gewisse Ähnlichkeit der Situation ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen. Was der Gesetzgeber für das Verhältnis der Grundstücksnachbarn untereinander als Immissionsgrenze festlegt, sollte möglicherweise erst recht dann gelten, wenn diese "Immissionen" von dem eigenen Grundstück ausgehen, dessen Sachherrschaft durch die bestehende Servitut mit dinglicher Wirkung in gewissem Umfang mit einem anderen geteilt wird. Die natürliche Grundstücksgrenze ist durch die Servitut gewissermassen -ähnlich wie zum "Überbau" ausgeführt- zu Lasten des dienenden Grundstücks "verschoben" und "läuft" auf Grund der Servitut über das eigene, belastete Grundstück. Die natürliche Grenze ist durch die

Servitut rechtlich modifiziert. Unter dem Blickwinkel der bestehenden Servitut liegt somit immer dann eine Immission vor, wenn aus dem einem Servitutberechtigten überlassenen Herrschaftsbereich in den dem Eigentümer verbliebenen Herrschaftsbereich in einer in § 906 BGB bestimmten Weise eingewirkt wird.

Aus dieser Sicht scheint es daher durchaus von Interesse, wie das Gesetz die Immissionsfälle allgemein regelt. Gemäß § 906 BGB n.F. -der die Rechtsprechung zum § 906 BGB a.F. im grossen und ganzen sanktionierte- sind unwesentliche Beeinträchtigungen stets zu dulden. Das gleiche gilt für wesentliche, ortsübliche Benutzungen, soweit die Beeinträchtigung nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. In diesem Fall kann jedoch der Benachteiligte einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.

§ 906 BGB bietet somit in zweifacher Einsicht für die Fälle gesteigerter Benutzung Hilfe; einmal werden die Möglichkeiten der Ausweitung generell unter strenge Voraussetzungen gestellt (Wesentlichkeit, Ortsüblichkeit, Unvermeidbarkeit, soweit Verhinderung wirtschaftlich unzumutbar); zum anderen sind die, unter obigen Voraussetzungen dennoch zu duldenen Beeinträchtigungen nicht entschädigungslos hinzunehmen, vielmehr kann der Duldungspflichtige dann angemessenen finanziellen Ausgleich

verlangen, wenn er durch die Beeinträchtigungen in der Nutzung seines Grundstücks oder im Hinblick auf die Grundstückserträge unzumutbar benachteiligt wird.

Diese nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen-
den Parallelen wurden bisher nicht erkannt; bei Anwen-
dung der in § 906 BGB zu Tage tretenden Grundsätze
wäre in dem vom RG zu entscheidenden Falle statt
der unerträglichen Alternative ;alles oder nichts"
eine differenziertere Lösung des Falles möglich
gewesen; diese Lösung wäre dem vom BGH propagierten
"relativem Optimum" beiderseitiger Interessenbe-
friedigung sicherlich näher gekommen.

6. Vergleichbare Fallkonstellationen im öffentlichen Recht.

Das öffentliche Recht beinhaltet im wesentlichen die Abgrenzung der Interessensphären zwischen Staat und Staatsbürger. Die Frage der Anpassung an veränderte Umstände stellt sich daher hier als Frage nach der Flexibilität einmal getroffener Grenzziehungen zwischen Staat und Bürger. Im Rechtsstaat darf in die dem Einzelnen durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes eingeräumten Rechtsposition nur unter bestimmten Voraussetzungen aufgrund Gesetzes oder durch Gesetz eingegriffen werden. Belastende Eingriffe führen regelmässig eine Entschädigungspflicht des Staates nach sich.

In der Form kann eine inhaltliche Anpassung einer einmal getroffenen Abgrenzung an spätere Verhältnisse regelmässig nur durch eindeutig bestimmbar, gesetzlich begründeten oder begründbaren konstitutiven Hoheitsakt erfolgen.¹⁾ Diese Fälle der Anpassung bieten daher

-wie im Zivilrecht- keine besonderen methodischen Schwierigkeiten. Die Frage der Anpassung durch extensive Auslegung spielt wegen der Besonderheiten des öffentlichen Rechts keine entscheidende Rolle. Das öffentliche Recht ist hauptsächlich wegen der Frage der Ausgleichspflicht interessant.

Neben der Entschädigung im Rahmen der förmlichen Entscheidung in den gesetzlich zugelassenen Fällen entwickelte die Rechtsprechung zusätzlich eine Entschädi-

1) vgl. BayVGh Urt.vom 28.5.65 AZ: 230 VIII 63 (unveröffentl.wo eine umfangmässige Ausweitung eines tatsächlich öffentlichen Weges, dessen "Widmung" den heutigen Verkehrsbedürfnissen nicht mehr genügte, abgelehnt wurde, da eine Übertragung der bei den Dienstbarkeiten entwickelten Grundsätze wegen der Besonderheit d.öffentl.Zweckbestimmung nicht zulässig sei. vgl.auch Schotthöfer in BayVB1.1966, 117(118).(Die Problematik des Eigentümerweges); vgl. aber auch BayVGh, BayVB1 1967,210(211) für den Fall, dass der öffentl.Weg auf Grund einer gemeinrechtlichen Servitut entstanden ist.

gungspflicht für die Fälle des sogenannten "enteignungsgleichen Eingriffs". Ausgleichsansprüche wurden von der Rechtsprechung schliesslich auch in den Fällen des sogenannten "öffentlich rechtlichen Aufopferungsanspruchs" und des sogenannten "allgemeinen bürgerlich rechtlichen (nachbarrechtlichen) Aufopferungsanspruchs" gegeben.²⁾

Einen gesetzlich geregelten Fall der "Schadloshaltung" bildet schliesslich § 26 GewO.

All diesen Fällen gemeinsam ist, dass einem Einzelnen eine unzumutbare Beeinträchtigung seiner Interessen, also ein Sonderopfer, im Interesse eines übergeordneten Gesichtspunkts auferlegt wird. Dafür muss dem Betroffenen, dem im Verhältnis zur Allgemeinheit eine besondere Last aufgebürdet wird, ein finanzieller Ausgleich gewährt werden.³⁾ Dies erfordert der Grundsatz der Gleichbehandlung. Ob ein solcher Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegt, ist unter Berücksichtigung der Schwere und Tragweite des Eingriffs zu beantworten.

Ohne Einfluß für die Begründung einer Entschädigungspflicht ist, ob die Beeinträchtigung das Eigentum als solches betrifft oder ob die Eigentumssphäre im weiteren Sinne (ungestörter Genuss des Eigentums), das Vermögen, der Gewerbebetrieb oder die Körperintegrität berührt werden; dies hat allenfalls für die methodische Abwicklung des Anspruchs Bedeutung.⁴⁾

2) vgl. Überblick bei Hoche in Pal. § 903 Anm. 3c, 5a, e, f, g, h; Hubmann JZ 1968, 66 f; JZ 1958, 491 f

3) vgl. Hubmann a.a.O.

4) z.B. §§ 74, 75 Einl. Preuss. ALR; GewO § 26; 906 BGB direkt oder analog

Interessanterweise wurde in diesem Zusammenhang deutlich die Besonderheit einer Beeinträchtigung auf Grund von Immissionen (z.B. Verkehrslärm) gegenüber anderen Beeinträchtigungen herausgestellt. Man hat nicht gezögert, den sich anbietenden Rückgriff auf § 906 BGB zu vollziehen.⁵⁾

Die Ähnlichkeit dieser Interessenkonflikte zu den Anpassungsfällen des Servitutenrechts wurde bisher nicht bemerkt, obwohl hier wie dort der übergeordnete Gesichtspunkt der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung (des Fortschritts) die Anpassung verlangte.⁶⁾ Im Servitutenbereich hat man die Interessen des Belasteten vernachlässigt. Es liegt jedoch nahe, den Gedanken des Ausgleichs auch auf die Frage der Servitutenanpassung zu übertragen.

-
- 5) BGH NJW 1967, 1857 ff = JZ 1968, 64 ff m. Anm. Hubmann; vgl. Anm. Faber NJW 1968, 47 f; BGH NJW 1968, 549 f; vgl. Kleindienst NJW 1968, 1953 ff
- 6) besonders deutlich für das Servitutenrecht: OLG München HRR 1942 Nr. 842

B. Lösung der Anpassungsfrage nach
ausländischem Recht.

1. Nach dem österreichischen ABGB.

Gemäß § 481 ABGB kann eine Grunddienstbarkeit an einer "verbücherten" Liegenschaft nur durch Eintragung erworben werden. Die Eintragung als Konstitutiv-erfordernis führte aber ursprünglich nicht dazu, dass mit der Eintragung auch Mängel des Erwerbstitels und der anderen Entstehungstatsachen -vor allem Dritten gegenüber- geheilt wurden; das Vertrauen gutgläubiger Dritter genoss keinen Schutz. Mit dem Grundbuchgesetz von 1871 trat jedoch insofern eine Änderung ein, als bei einer dreijährigen Verschweigung ein Dritter nunmehr geschützt war, wenn er im Vertrauen auf die Grundbucheintragung Rechte erwarb.¹⁾ Das Grundbuch besteht nach dem Gesetz von 1871 aus einem -in Realfolium geführten- Hauptbuch und einer Urkundensammlung. Für das Recht ist nur die Eintragung im Hauptbuch maßgebend. Die fehlende Eintragung im Hauptbuch wird durch eine in der Sammlung vorhandene Urkunde nicht ersetzt. Bei wirksamer Eintragung im Hauptbuch ist die Urkundensammlung auch hinsichtlich nicht eingetragener Nebenbestimmungen -sogar ohne ausdrückliche Bezugnahme- insofern von Bedeutung, als die Einsicht in die Urkundensammlung verkehrsmäßig oder nach den Umständen des Falles durch die Art der Eintragung geboten ist.²⁾

1) Klang Bd.I 2.Halbbd.S.193 unter b)

2) Klang a.a.O. 185; Ehrenzweig Bd.I Teil II S.110/111.

In materieller Hinsicht wurden jedoch daraus für die Inhaltsbestimmung des Dienstbarkeitsbestellungsvertrages keine Konsequenzen gezogen. Ohne Rücksicht auf gutgläubige Dritte werden Dienstbarkeiten nach den allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 914 ff ABGB ausgelegt.³⁾

In seiner ursprünglichen Fassung erklärte § 914 SBGB die Grundsätze zur Gesetzesauslegung (§ 6) auch für die Auslegung von Verträgen für maßgeblich. Nach § 914 Satz 2 ABGB alter Fassung sollten zweifelhafte Verträge so ausgelegt werden, "... dass sie keinen Widerspruch enthalten und von Wirkung sind..." eine Regel, die vor dem ABGB bereits das Preuss.ALR in § 74 I 4 kannte und die später in § 1157 Cc beibehalten wurde.

Unter dem Einfluß des deutschen BGB erhielt § 914 später folgende Formulierung:

"Bei der Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht."

Diese Änderung wurde jedoch nicht als wesentliches Abgehen von dem früheren Rechtszustand angesehen; nach altem wie nach neuem Recht sei -so Klang und Schreier-⁴⁾ vom Wortlaut des Vertrages auszugehen, aber auf den Geschäftszweck abzustellen, wobei eine umfassende Berücksichtigung der Umstände und der redlichen Verkehrssitte stattzufinden habe.

3) Klang Bd.II 2.Halbbd., S.414 (zu § 914 Bem.II 2 a.A.; Bd.I 2.Halbbd. S.381 (zu § 484 Bem.1); Aufl.1950;

4) Klang Bd.II 2.Halbbd. S.413 § 914 Bem.1; Schreier S.97

Gemäß § 915 SBGB gilt ferner, dass bei Unentgeltlichkeit eine Vermutung für die geringere Leistung spricht. bei entgeltlichen Verträgen sollen -ähnlich wie im Preuss.ALR und franz.Cc- undeutliche Äusserungen zum Nachteil dessen erklärt werden, der sich ihrer bedient hat. Neben den allgemeinen Auslegungsregeln gilt jedoch speziell für die Dienstbarkeiten folgendes nach § 484 ABGB:

"Der Besitzer des herrschenden Gutes kann zwar sein Recht auf die ihm gefällige Weise ausüben; doch dürfen Servituten nicht erweitert, sie müssen vielmehr insoweit es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden."

Jn Anlehnung an die aus dem Preuss.ALR bekannte Regel soll allerdings bei ungemessenen Dienstbarkeiten nicht das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks im Augenblick der Bestellung sondern das jeweilige Bedürfnis maßgebend sein.

Die Grenze wird dabei durch den ursprünglichen Bestand und die ursprüngliche Bewirtschaftungsart des herrschenden Gutes bestimmt.

Im Zusammenhang des § 484 ABGB haben sich folgende Regeln entwickelt:

Eine Kulturänderung, eine Änderung der Bewirtschaftungsart auf dem herrschenden Grundstück geben keinen Anspruch auf ausgedehntere Benutzung.⁵⁾ So kann ein Wegerecht nicht für ein später auf dem herrschenden Gute errichtetes Gasthaus oder für die auf einem landwirtschaftlichen Grundstück errichteten Mietgaragen

5) vgl. zur "Kulturänderung" OGH ÖJZ 63,127; zur Frage der Bewirtschaftungsart OGH ÖJZ 66,349; vgl.allgemein Übersicht bei Klang S.564 (§ 484 Anm.2a,b

in Anspruch genommen werden. Auch ist die höhere Jnanspruchnahme eines Wegerechtes nach Umwandlung einer Kreissäge in eine Sägerei mit Gatterbetrieb nicht zulässig.

Eine Vergrösserung des herrschenden Grundstücks führt nicht zur Erweiterung eines für dieses bestehenden Fahrtrechts. Willkürlich erscheint die von Klang getroffene Unterscheidung, wonach das Fahren mit Düngefuhren auf einem Weg, der bisher nur zu anderen Wirtschaftsfuhren verwendet wurde, nicht zulässig sein soll, während ein Übergang von allgemeinen Wirtschaftsfuhren zum Transport von Baumaterialien lediglich eine "Veränderung der Belastung der Fuhrwerke", mithin zulässig sein soll. Jn dem ersteren Fall dürfte wohl die mit der neuen Benutzungsart verbundene Geruchsbelästigung den Ausschlag für das Verbot gegeben haben.

Jn einem Fall, der die Frage des Übergangs vom Pferdefuhrwerk zum Kraftfahrzeug behandelte -es ging um die Zufahrt zu einer Berghütte, die Zahl der Fahrten war erheblich angestiegen, es wurde neuerdings ein Jeep benützt- bediente sich der OGH⁶⁾ ähnlicher Argumente wie der franz.Cassationshof, um über die Hürde des § 484 ABGB zu gelangen:

6) OGH ÖJZ 1966,349 ff; 350, vgl.unten S.139

".... Unter Natur und Zweck (im Sinne von § 484) ist nicht immer das zu verstehen, was sich die Begründer vor vielleicht 100 oder mehr Jahren vorgestellt haben; der Inhalt des Rechts versteinert nicht. Natur und Zweck bestehen vielmehr darin, dem Berechtigten die vorteilhafte Bewirtschaftung seines Besitzes zu gestatten und dabei den Belasteten so wenig als möglich zu schaden. (Entscheidend ist...) ... nicht Bedürfnis des herrschenden Grundstücks zum Zeitpunkt der Bestellung sondern das jeweilige Bedürfnis, wobei allerdings eine Änderung der Bewirtschaftungsart nicht in Betracht zu nehmen ist. Unter einer derartigen Änderung kann aber keine solche verstanden werden, die durch den Wandel in den allgemeinen Verhältnissen zur gewinnenden Betriebsführung notwendig ist."

Diese im grundsätzlichen Ergebnis sicherlich billigenwerte Entscheidung hängt jedoch an einem seidenen Faden. Die "Berghütte" war -das beweisen die später erforderlich gewordenen zahlreichen Fahrten, nachdem die gesamte Gegend durch eine Bergbahn erschlossen worden war- offenbar bereits weit über das übliche Niveau einer Berghütte hinausgelaugt, sodass eine "Änderung der Bewirtschaftungsart" (Berghütte, Berggasthaus) hätte angenommen werden können. Eine Erschwerung stellt der solchermassen ausgeweitete Betrieb für den Jnhaber des dienenden Grundstücks sicherlich dar. Es zeigt sich, dass die Beantwortung der Frage, inwieweit eine "Nutzungsänderung" vorliegt, vielfach eine Frage des Geschmacks ist. Die von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien sind nicht zwingend; sie dienen vielfach nur dazu, für sachgerecht erachtete Ergebnisse eine Begründung zu liefern.

Im allgemeinen zeigt sich die Tendenz, die Motorisierung nicht als Ausweitung des Rechts im Sinne von § 484 ABGB anzusehen. Das gilt sogar dann, wenn die Zufahrt nicht durch den Berechtigten sondern durch dessen Besucher ausgeübt wird.⁷⁾

Die Beispiele der Österr. Rechtsprechung zeigen, dass selbst eine im Ansatz so konservative Bestimmung wie § 484 ABGB den Erfordernissen der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung keinen anhaltenden Widerstand leisten konnte. Entweder bezeichnete man die hinderliche Servitut als "ungemessen", womit man freie Bahn zur weitgehenden Anpassung hatte; oder man deutete den Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung des § 484 ABGB selbst passend aus. Auf beiden Wegen konnte damit das für sachgerecht gehaltene Ergebnis konstruktiv erreicht werden.

7) Klang S.564; OGH ÜJZ 1963,658.

2. Nach dem französischen Code civil.

Der Servitutenbegriff des code civil reicht wesentlich weiter als der Begriff der Grunddienstbarkeit im deutschen BGB. Die Servitut des französischen Rechts erfasst auch das gesetzliche Nachbarrecht. Neben den servitudes "qui dérivent de la situation des lieux" (§§ 640 ff Cc), den servitudes "établies par la loi" (§§ 649 ff Cc) gibt es die servitudes "établies par fait de l'homme" (§§ 686 - 710 Cc), die den Grunddienstbarkeiten im Sinne des deutschen Rechts entsprechen.¹⁾

Im Gegensatz zum deutschen und schweizerischen Recht kennt das französische Recht für Servituten, die auf "fait de l'homme" zurückgehen, eine Eintragung in einem Grundbuch als Konstitutiverfordernis nicht.²⁾ Eine solche Forderung liesse sich auch nur bei einem Teil der französischen Servituten realisieren.

Nach französischem Recht sind Entstehungsgründe für Servituten, welche unter Lebenden begründet werden:

- a) titre (Art.690 Cc)
- b) possession de trente ans (Art.690 Cc)
- c) destination du père de famille (Art.692 Cc), also ausdrücklicher Vertrag, dreissigjährige Erbsitzung und stillschweigende Bestellung³⁾

1) vgl.allg.zur Frage der rechtspolitischen Zweckmässigkeit, Liver, Die Servitut in der Eigentumsordnung; vgl.oben S.116

2) vgl. zur schweizerischen Regelung unten S.143

3) vgl. zum Rhein.Recht St.M.H.§ 36 I-III; im Falle der Grundstücks"teilung" bzw. bei Abveräusserung eines Grundstücks, welches bis dahin mit anderen Grundstücken desselben Eigentümers im Nutzungszusammenhang gestanden hat.

Der Vertrag wird im Zweifelsfall nach den allgemeinen Auslegungsregeln der Art. 1156 - 1164 Cc ausgelegt. Diese stimmen inhaltlich zum grossen Teil mit den bereits aus dem Preuss.ALR bekannten Auslegungsregeln überein.⁴⁾

Verbot der buchstäblichen Auslegung: Auslegung nach dem Sinn, welcher die Vereinbarung als die vernünftige Lösung erscheinen lässt; Ergänzung von Regelungslücken nach den sonst üblichen Regeln; Auslegung im Zweifelsfall gegen denjenigen Partner, der die Formulierung veranlasst hat; Verbot, aus allgemeinen Ausdrücken einen weiteren Inhalt des Vertrages, als wirklich gewollt ist, festzulegen; und schliesslich das Verbot aus bestimmten angeführten Einzelfällen den Sinn der Vereinbarung einzuschränken.

Bei der Inhaltsbestimmung einer Servitut spielen aber auch die tatsächlichen Umstände, die Lage der Grundstücke, das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks zur Zeit der Begründung der Servitut, die vermutliche Absicht der Parteien, und das spätere Verhalten der Parteien eine Rolle.⁵⁾

Bei den Servituten, welche durch Ersitzung erworben werden, bestimmt sich der Inhalt nach der bekannten Regel "tantum praescriptum quantum possessum".⁶⁾

4) vgl. oben S. 53/54

5) Juris classeur Art. 696-702 Code civil, Nr. 6 und Nr. 40 m.w.Hinw.

6) J.cl. a.a.O. Nr. 8

Den Inhalt und Umfang von Servituten, die durch stillschweigende Bestellung entstehen, entscheidet die tatsächliche Zuordnung der beiden Grundstücke im Zeitpunkt ihrer Trennung.⁷⁾ Eine gesetzliche Ausweitung der Servitut auf das, was bei Ausübung der Servitut sachlich erforderlich ist, bringt Art.696 Cc, wo es heisst:

" Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user.
Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage."

Diese "servitude accessoire"⁸⁾ enthält eine gewisse Dynamik, die über den eigentlichen Sinn des Art.696 Cc hinaus als Hebel benutzt wurde, um unpassend gewordene Servituten über die Hürde des Art.702 Cc zu bringen, welcher anordnete:

"De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier."

So wurde eine Servitut, die ausdrücklich für "Gespannfahrzeuge" (voitures attelées) bzw. in einem anderen Fall zur Benutzung "à pied, à cheval, charrue et charette" bestimmt war, trotz des eindeutigen Wortlautes auch zur Benutzung mit modernen Motorfahrzeugen zugelassen.⁹⁾ Im Fall der "voitures attelées" wurde aus dem Umstand, dass die Wegbreite im Bestellungsakt erwähnt war, im zweiten Falle aus dem Umstand, dass die

7) J.cl. a.a.O.Nr.9

8) J.cl. Nr.19

9) J.cl. Nr.18 u.Nr.39 (gelbes Blatt)

Parteien im Begründungsakt alle zur Zeit der Bestellung der Servitut möglichen Verkehrsmodalitäten aufzählten, der Schlussgezogen, dass die Parteien damit auch die jeweils dazugehörigen Verkehrsmittel meinten. Eine humoristische Note trägt folgende weitere Entscheidung des Cassationshofes aus dem Jahre 1963, in welcher eine Auslegung gebilligt wurde, wonach ein Wegerecht auch das Recht enthalte, eine unterirdische Wasserleitung zu unterhalten; diese Nutzungsart sei nämlich weit weniger lästig, als ein Wasserträger, der den Weg tatsächlich benutzen müsste.¹⁰⁾

Für Veränderungen auf dem dienenden Grundstück ordnet Art.701 Cc folgendes an:

„La propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tend à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits et celui-ci ne pourrait pas le refuser.“

Der Fall der Teilung des herrschenden Grundstücks ist in Art.700 Cc der Regelung in § 1025 BGB vergleichbar geregelt. Verbindet der Eigentümer später weitere Grundstücke mit dem ursprünglichen Grundstück zu einer Einheit, so darf die Servitut für das dazu erworbene

10) J.cl. Nr.28 (gelbes Blatt)

Grundstück nicht ausgeübt werden.¹¹⁾

Die Fragen der Servitutenauslegung haben -nicht zuletzt wegen Art.702 Cc- ebenso wie die Auslegung von Art.702 Cc selbst - eine vielfältige Rechtsprechung hervorgerufen, aus welcher einige interessante Fälle Erwähnung finden sollen.

So hat der Cassationshof ein Wegerecht "für Gespannfahrzeuge" wegen der ausdrücklich erwähnten erheblichen Wegbreite dahin ausgelegt, dass damit eine übereinstimmende Übereinkunft über eine Benützung dokumentiert werde, die notwendig auch die Benutzung durch Traktoren beinhalte.¹²⁾

Für Art. 702 Cc und für die Frage der "aggravation" ist nach der Rechtsprechung von Bedeutung, ob eine sogenannte ungemessene Servitut vorliegt, welche lediglich

"... en thermes généraux sans restreindre l'exercice de la servitude à un usage déterminé ou à des modalités particulières..."

bestimmt ist.

Im Gegensatz zur preuss. Regelung und zur deutschen Rechtsprechung dürfen ungemessene Dienstbarkeiten für alle Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks, auch bei Nutzungsänderung oder nach Errichtung neuer Anlagen, in Anspruch genommen werden.¹³⁾ Eine aggravation liegt erst dann vor, wenn sich ausgesprochen schädigende Einwirkungen auf das dienende Grundstück ergeben. Für die Fälle der Ausweitung eines Wegerechts wird sogar ausdrücklich der Vergleich zum Notwegrecht¹⁴⁾

11) J.cl. Nr.55

12) J.cl. Nr.18 u.Nr.68; vgl.auch oben S.139 u.Fn.9

13) J.cl. Nr.63,65 u.71

14) J.cl. Nr.66

(passage en cas d'enclave) gezogen, wo ebenfalls ausschliesslich die Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes -mit Ausnahme schädigender Einwirkung- entscheidend sind.

Keine Erschwerung im Sinne von Art.702 Cc stellt es dar, wenn bei einem Weiderecht die Zahl der Tiere¹⁵⁾ erhöht wird, oder, wenn der Berechtigte eines Wegerechts eine Remise in einen Ausstellungs- und Empfangssalon umbaut¹⁶⁾, oder wenn das wegeberechtigte Haus vergrössert wird und sich damit die Zahl der Bewohner fühlbar erhöht.¹⁷⁾

Dass die französische Rechtsprechung, wenn auch zögernd, den lästigen Begleiterscheinungen der modernen Verkehrsmittel Bedeutung einräumt, zeigt eine Entscheidung aus dem Jahre 1953.¹⁸⁾ Leider hat der Cassationshof in dem betreffenden Fall nicht den Mut gefunden, zu dieser Frage endgültig Stellung zu nehmen; er hat es vorgezogen, die vom Untergericht angesprochenen Begleiterscheinungen (Lärm, Rauch, Brandgefahr) zu übersehen.

15) J.cl. Nr.52

16) J.cl. Nr.53

17) J.cl.Nr.53

18) J.cl. Nr.69 2.Abs.

3. Nach dem schweizer Zivilgesetzbuch.

Das ZGB schreibt für alle Grunddienstbarkeiten die Eintragung im Grundbuch als Konstitutiverfordernis vor. Im Gegensatz zum deutschen BGB ist jedoch der Rechts-erwerb am Grundstück kausal, das heisst, von einem gültigen Rechtsgrund abhängig. Der Servitutenbestellungs-vertrag bedarf -ebenfalls im Gegensatz zum deutschen Recht- gemäß Art.732 ZGB der Form. Die Eintragung im Grundbuch schafft für den dinglichen Rechtsbestand an einem Grundstück gemäß Art.937, 939 ZGB eine zerstörliche Vermutung. Das Vertrauen gutgläubiger Dritter wird gemäß Art.973 ZGB geschützt. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich jedoch nur auf die privatrechtlichen Angaben; nicht geschützt wird ein guter Glaube an rein tatsächliche Angaben im Grundbuch.

Eingetragen wird das dingliche Recht in das -nach Realfolium geführte- Hauptbuch (Art.972 ZGB). Ähnlich wie im deutschen Recht wird der Rechtsinhalt nur stichwortartig bezeichnet. Die Urkunde über den obligatorischen Vertrag wird bei den Belegen aufbewahrt, die als Bestandteil des Grundbuchs gelten.

Die Frage nach dem Inhalt und Umfang einer Servitut ist daher -wie im deutschen BGB- ein Problem der Auslegung und Ausdeutung der Grundbucheintragung. Im Gegensatz zum deutschen BGB hat jedoch der Gesetzgeber von 1907 für die Auslegung der Servituteneintragung besondere Bestimmungen erlassen.

„Art.738 ZGB: Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit maßgebend.

Im Rahmen der Eintragung kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist."

Eintragung, Erwerbsgrund und Art der Ausübung sind somit die drei wesentlichen Gesichtspunkte, welche für die Inhaltsbestimmung von Bedeutung sind; auf Grund der besonderen Placierung in der Gesetzesbestimmung besitzen sie diese Bedeutung in einer ganz bestimmten Reihenfolge.

Praxis und Lehre sind sich darin einig, dass von dem Grundbucheintrag auszugehen ist. Er ist maßgebend, soweit sich Rechte und Pflichten aus ihm deutlich ergeben. Andere Auskunftsmittel sind erst bei Undeutlichkeit "im Rahmen des Eintrags" zur Inhaltsbestimmung der Servitut heranzuziehen. Die Methode, zuerst auf den Eintrag abzustellen, ist sachlich gerechtfertigt, da damit Drittinteressenten, aber auch die ursprünglich Beteiligten eine feste und sichere Grundlage für die Feststellung ihrer Rechte und Pflichten erhalten.¹⁾ Die Dritten werden in ihrem Vertrauen geschützt; die Besteller können kontrollieren, inwieweit das, was sie vereinbaren wollten, nach aussen hin richtig verlautbart wird. Ist dies nicht der Fall, können und müssen sie die Eintragung korrigieren. In dieser Hervorhebung der Bedeutung der Eintragung für Inhalt und Umfang einer Servitut treffen sich Art. 738 ZGB und die Rechtsprechung zu §§ 133, 157 BGB.

Soweit jedoch der zunächst überprüfte Eintrag keine

1) Naegeli S. 124

eindeutige Antwort über den Servituteninhalt zu geben vermag, sind "Erwerbsgrund" und "Art der Ausübung" als Auskunftsmittel in Betracht zu ziehen.

"Erwerbsgrund" ist entsprechend der vom ZGB gewählten Konstruktion das Erwerbsgeschäft, das kausale Rechtsgeschäft, das zur Eintragung der Servitut und damit zu ihrer Entstehung führte.²⁾ Die den "Erwerbsgrund" verkörpernde Urkunde wird bei den Grundbuchbelegen aufbewahrt und nimmt damit "im Rahmen des Haupteintrags" am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Nicht einheitlich sind jedoch die Auffassungen, wie der Sinn der Urkunde zu ermitteln ist, vor allem, welche Momente ausserhalb der Urkunde zur Verdeutlichung des Sinnes der Urkunde herangezogen werden dürfen. Das Schweizer Bundesgericht hat bereits für das Verhältnis der ursprünglichen Kontrahenten 1913³⁾ festgestellt:

"... Ist es nun auch zulässig, bei der Auslegung eines der schriftlichen Form bedürftigen Vertrages die mündlichen Verhandlungen und die begleitenden Umstände dann zu berücksichtigen, wenn es sich um die Interpretation eines an sich unklaren Ausdrucks handelt, ... so darf doch (mit Rücksicht auf den Zweck der gesetzlich vorgeschriebenen Form als eines Schutzmittels gegen Übereilung) 4) der Parteiwille nicht in dem Sinne ergänzt werden, dass auf Grund mündlicher Vereinbarungen oder sonstiger Indizien eine weitergehende Verpflichtung der in Betracht kommenden Partei angenommen wird, als sich aus dem schriftlich fixierten Vertragsinhalt ergibt...."

Der Urkundensinn wird damit äusserste Grenze der Auslegung des "Erwerbsgrundes". Eine ergänzende Auslegung über diese Grenze hinaus ist unzulässig. Das Schweizer Bundesgericht befindet sich damit in Übereinstimmung

2) Naegeli S.121,122 Fn.6

3) BGE Bd.39 S.699

4) vgl.für das deutsche Recht: Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil ¹⁵ 1960, Bd.2 S.954: Danach ist Formzweck auch die inhaltliche Fixierung des Rechts, vor allem im Interesse Dritter.

mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes.

Gegenüber dieser sehr restriktiven Auffassung der Schweizer Rechtsprechung redet Naegeli⁵⁾ einer umfassenden Auslegung des "Erwerbsgrundes" das Wort. Dadurch, dass der Gesetzgeber den "Erwerbsgrund" -so argumentiert Naegeli- nur neben der "Art der Ausübung" heranziehe, richte er die Auslegung bereits von sich aus auf Momente, welche ausserhalb der Erwerbsurkunde liegen. Eine Auslegung der Erwerbsurkunde ausschliesslich nach ihrem, sich aus der Urkunde selbst ergebenden Sinn würde damit überflüssig und sinnlos, da dieser Urkundensinn jederzeit durch andere Momente ausserhalb der Urkunde wieder korrigiert werden könne. Die Sicherheit, welche vor allem im Drittinteresse erforderlich sei, werde bereits durch den Passus, wonach jede Auslegung im "Rahmon des Eintrags" bleiben müsse, gewährleistet. Ausserdem bedürfe das häufig betonte Interesse der Dritterwerber den ihm eingeräumten Schutz nicht in diesem umfassenden Masse. Man dürfe -so Naegeli- die Auffassung und Stellung eines Dritterwerbers nicht anders nehmen, als sie praktisch der Natur nach beim Kauf eines Grundstücks sei. Ein Grundstückskauf sei kein alltägliches Verkehrsgeschäft wie etwa die Hingabe eines Wechsels, dessen Umlauffähigkeit durch rigoroses Abstellen auf dem Urkundenwortlaut gewährleistet werden müsse. Der Grundstückskauf werde von sich aus den Eintrag im Hauptbuch nur als Anhaltspunkt, im übrigen ihn aber zum Anlass nehmen, weiter nachzuforschen, was es

5) Naegeli S.125 ff, 129 ff, 138 ff.

nun tatsächlich mit den Rechten und Pflichten auf sich habe. Diese "natürliche Einstellung" könne jedem Grundstückserwerber zugemutet werden.⁶⁾

Naegeli unterscheidet allerdings das Maß der heranzuziehenden ausserurkundlichen Umstände darnach, ob die Auslegung im Verhältnis der ursprünglich Beteiligten, oder ob sie im Verhältnis zu einem Dritterwerber vorgenommen wird. Im ersteren Falle soll die Auslegung nach der "Willenstheorie"⁷⁾, im zweiten Falle nach einer "Vertrauenstheorie" besonderer Prägung erfolgen, die Naegeli im Anschluß an Egger "Publizitätstheorie" nennt.⁸⁾

Der bei der Auslegung weiter heranzuziehende Gesichtspunkt der "Art der Ausübung" ist nicht etwa ein ersatzungsähnlicher Vorgang im Sinne des vom alten Recht her bekannten Grundsatzes "tantum praescriptum quantum possessum".⁹⁾ Die "Art der Ausübung" führt auch nicht zu einer stillschweigenden Übereinstimmung des Inhalts, dass das Recht etwa "in der geübten Gestalt und in dem Umfang... zustehen soll", wie es in der deutschen Rechtsprechung einmal angenommen wurde.¹⁰⁾ Die "Art der Ausübung" soll vielmehr nur Jndiz sein, wie die Beteiligten den Inhalt und Umfang des eingeräumten Rechts verstanden wissen wollen.¹¹⁾

Der Schweizer Gesetzgeber hat jedoch erkannt, dass auch im Wege einer differenzierten Auslegung nicht allen, vor allem nicht den entscheidenden Veränderungen der Verhältnisse begegnet werden kann. Durch eine zusätzliche Bestimmung versuchte er in Art.739 ZGB dem

6) Naegeli S.136 u.öfter

7) Soweit Begründungsakt der Dienstbarkeit ein Nichtverkehrsgeschäft ist, sonst gilt auch hier die Vertrauenstheorie

8) vgl. Naegeli S.137; Egger Komm.zum ZGB Art.3 Nr.3

9) vgl. auch Tuor S.567

10) RGZ 126, 370 (377)

11) Naegeli S.138; Eugen Huber Erl.z.ZGB a.a.O.vgl.oben S. 82

Rechnung zu tragen. Darnach darf eine Änderung der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks keine Vermehrung der Belastung für das dienende Grundstück mit sich bringen. Diese eindeutige Regelung, -die mit ähnlichem Inhalt bereits aus dem Preuss.ALR, dem österr. ABGB und dem französischen Code civil bekannt ist- konnte jedoch auch in der Schweiz nicht verhindern, dass die sachlich erforderlichen Anpassungen trotzdem zugelassen wurden. Vor Anwendung des Art.739 wurde regelmässig zunächst durch Auslegung des Begründungsaktes festgestellt, welchen Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks durch Bestellung der Grunddienstbarkeit abgeholfen werden sollte, und ob eine dem Belasteten nicht zumutbare Beeinträchtigung vorliege.¹²⁾

In diesem Zusammenhang nahm auch die Schweizer Praxis zu der bekannten, aber auch vom Schweizer Recht nicht gedeckten Differenzierung Zuflucht, wonach im Hinblick auf Art.739 ZGB zwischen gemessenen und ungemessenen Dienstbarkeiten unterschieden werden müsse. Die ungemessenen Servituten tragen -diese Feststellung trafen auch die österreichische und die französische Rechtsprechung- bereits "den Keim einer Steigerung des Bedürfnisses in sich. Die ungemessenen Dienstbarkeiten haben sich daher den Bedürfnissteeperungen zu fügen, die sich als eine naturgemässe voraussehbare Entwicklung darstellen."¹³⁾

Demgegenüber hebt allerdings Naegeli zu Recht hervor, dass es praktisch keine wirklich ungemessene Servitut gebe; diese Bezeichnung sei für sich nichtssagend; kein Mensch wolle einem anderen eine ungehemmte Nutzung seines

12) Naegeli S.147

13) vgl. Tuor 568; vgl. auch BGE 87,85(87)

Grundstücks einräumen.¹⁴⁾ Nicht einig ist man sich in der Schweiz auch darüber, was unter dem Begriff "Vorhersehbarkeit" genau zu verstehen sei. Das Schweizer Bundesgericht verwendet den Begriff in einem mehr subjektivem Sinn.¹⁵⁾ Die Möglichkeiten der zulässigen Bedürfnismehrung werden damit erheblich eingeschränkt, da die ursprünglichen Parteien regelmässig nur einen Teil der später aufkommenden Veränderungen tatsächlich vorhersehen können.

So formulierte das BG einmal:

"Im Jahre 1929, von dem aus die Frage der Vorhersehbarkeit zu beurteilen ist, war jedoch eine derart überbordende Entwicklung des Motorfahrzeugverkehrs, wie sie in den letzten Jahren eingetreten ist, nicht vorauszusehen..."¹⁶⁾

Naegeli will dann eine "Vorhersehbarkeit" bejahen, wenn allgemeine Veränderungen so bestimmt in Aussicht stehen, dass sie ohne weiteres auch von den Parteien in Rechnung gestellt werden müssten. Diese Vermutung sei jedoch umso behutsamer zu gebrauchen, je unwälzender, wesentlicher die jeweilige Veränderung sei.¹⁷⁾ Mit kleineren Veränderungen müsse regelmässig gerechnet werden. Allerdings dürfte die Vermutungsstärke bei ungemessenen Dienstbarkeiten -soweit die Veränderung in den ungemessenen Bereich fällt- höher angesetzt werden als bei den gemessenen Dienstbarkeiten.¹⁸⁾

Nach Naegeli ist regelmässig auch damit zu rechnen, dass sich im Laufe der Zeit die Mittel ändern können, die zur Befriedigung eines -im übrigen gleichbleibenden- Bedürfnisses erforderlich sind. Dies soll sogar dann

14) Naegeli S.15 ff; S.148; ihm folgend BGE 87,85(87)

15) BGE 87,85(87)

16) Das Urteil mag angesichts der zu entscheidenden Frage, ob die Zufahrt zu zwei neu errichteten Garagen zulässig ist, kleinlich erscheinen, steht jedoch im Ergebnis mit der deutschen Rspr. in Einklang; die zwei Garagen waren an die Stelle einer kleinen Werkstätte getreten, sodass der Fall einer "Änderung der Nutzungsart" vorliegt

17) Naegeli S.89; vgl. auch den drastischen Ausdruck des BG: "überbordende Entwicklung"

18) Naegeli S.89

gelten, wenn der Bestellungsakt die Mittel ausdrücklich bezeichnet.

Naegeli sieht allerdings auch sehr richtig¹⁹⁾, dass die Mittel nicht nur für das herrschende Grundstück sondern in gleichem Masse auch für das dienende Grundstück von Bedeutung sein können. Er weiss aber nur den Rat, dass die Verwendung neuer Mittel "...an der Existenzmöglichkeit des dienenden Grundstücks seine Grenze haben müsse". Dieser Meinung kann nicht zugestimmt werden. Vor der Barriere der Existenzvernichtung gibt es noch andere Abgrenzungen, wie z.B. den Grundsatz "tunlichster Schonung", der wesentlich früher bereits eine Eindämmung der Servitutenausübung bewirkt.

Zuzustimmen ist allerdings Naegeli, wenn er als Auslegungsfaustregel feststellt, dass man mit einer von der augenblicklichen Verwendung der beteiligten Grundstücke wesentlichen Abweichung umso eher rechnen müsse, soweit im Bestellungsakt auf eine solche hingewiesen sei; umso weniger müsse man damit rechnen, wenn der Vertrag auf eine gerade gegenwärtige Verwendung verweise.²⁰⁾

Gegenüber der zum Teil recht weitgehenden Auffassung von Naegeli zeigte sich die Schweizer Rechtsprechung bis heute überwiegend zurückhaltend und entschied mit Hilfe des Art.739 ZGB in Zweifelsfällen stets zugunsten des durch die neue Entwicklung Beeinträchtigten. Servitutarische Verbote (z.B. für Industrie, bestimmte Gewerbearten, lärmende Gewerbe oder Errichtung anderer Gebäude als Villen) werden weit ausgelegt;²¹⁾ Benutzungsrechte, die durch Dienstbarkeiten gesichert sind, werden inhaltlich beschränkt ausgelegt.²²⁾

Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung, die teilweise

19) Naegeli S.90 und dort Fn.13

20) Naegeli S.90

21) vgl. BG SJZ 64,269; BGE 88,145; OG Zürich SJZ 1966,285; BG SJZ 65,339 m.Anm.Liver in Zeitschrift des Berner Juristenvereins, 1967, 12-14

22) BGE 88,85; Trib.cant.Neuchâtel, SJZ 67,189

noch unter dem Einfluß der Kasuistik des § 71 I 22 Preuss. ALR stand, verbreitete Art.739 ZGB in der Schweizer Rechtsprechung eine wohlthuend eindämmende Wirkung, die vor allem dort Platz griff, wo die Interessen der Beteiligten tatsächlich betroffen wurden; bei der Intensität, bei der Erheblichkeit der Beeinträchtigung. Art. 739 ZGB birgt andererseits natürlich eine nicht ganz ungefährliche konservative Tendenz, die möglicherweise jede Entwicklung auf den beteiligten Grundstücken hemmen kann. Der Gesetzgeber des ZGB und ihm folgend die Rechtsprechung haben jedoch richtig erkannt, dass Entwicklung zwar erforderlich sein mag, andererseits aber nicht dazu führen darf, dass lediglich ein Teil die Vorteile dieser Entwicklung für sich mit allen Konsequenzen in Anspruch nehmen darf, während der ohnehin belastete Teil auf Grund der Entwicklung weitere erhebliche Lasten überbürdet erhält.

Interessant und für die Grundtendenz von Art.739 ZGB nicht ohne Einfluss war der Umstand, dass nach früherem kantonalen Recht (so z.B. § 258 PG Zürich, § 655 PG Schaffhausen, § 220 PG von Zug, § 80 von Glarus)²³⁾ unter gewissen Voraussetzungen eine Mehrbelastung gegen Entschädigung geduldet werden musste. So konnte bei Änderung der Bewirtschaftung oder im Falle der Grundstücks-teilung, welche zu einer nicht unerheblichen Mehrbelastung führte, der Richter gegen Entschädigung eine notwendige Erweiterung des Rechtes anerkennen. Die Zulässigkeit einer solchen Mehrbelastung gegen Entschädigung ist noch in der Vorbereitung zum ZGB erfolglos verfochten worden.²⁴⁾

23) Naegeli S.118; Leemann SR § 739 Rd.Nr.1 u.13

24) Naegeli S.119 Fn.103 m.w.Hinw.

Kohler hat sich gegen diese "merkwürdige Form der Ent-eignung" ausgesprochen.²⁵⁾

Entscheidend ist jedoch, dass der Schweizer Gesetzgeber sich der Alternative, entweder zurückhaltende Servi-tutenanpassung oder weitergehende Anpassung gegen Ent-schädigung, bewusst war. Er hat sich dafür entschieden, die Mehrbelastung auf das notwendige Maß zu beschränken. Die neuere deutsche Rechtsprechung vertritt demgegenüber eine betont "fortschrittliche" Auffassung, übersieht allerdings dabei, dass sie die Folgen des Fortschritts ausschliesslich einer Seite aufbürdet.

25) Kohler AcP 87, 222; vgl. auch Naegeli a.a.O.;
Leemann a.a.O.

Zusammenfassung.

In der inländischen und ausländischen Rechtspraxis wurde die Frage der Servitutenanpassung wie folgt gelöst:

1. Das Problem der Anpassung taucht regelmässig dann auf, wenn sich die Wirklichkeit in einem für die vorhandene Servitut wesentlichen Punkte verändert und die Parteien für diesen Punkt keine ausreichende Regelung getroffen haben.
2. Diese Erheblichkeit der Veränderung wurde in der Fallgruppe "Änderung des öffentlichen Rechts" verneint, da die "parallelen" privaten Servituten unabhängig von dem jeweiligen öffentlichen Recht eigenständige Bedeutung besitzen.
3. Soweit der veränderten Wirklichkeit für die vorhandene Servitut wesentliche Bedeutung zukam, versuchte die Rechtsprechung inhaltliche Unzulänglichkeiten der Servitut auf dreifache Weise zu korrigieren:
 - a) durch elastische Auslegung des Begründungsaktes
 - b) im Wege einer nachträglichen Einigung der Parteien über den Inhalt und Umfang der Servitut,
 - c) durch ergänzende Inhaltsbestimmung.

4. Im Gegensatz zur ausländischen Rechtsprechung, welche durch elastische Auslegung des Begründungsaktes "anpassungsfeindliche" Gesetzesbestimmungen umgehen musste, gelangte die deutsche Rechtsprechung, für die solche Hindernisse nicht bestanden, zu einer ziemlich restriktiven Auslegung des Begründungsaktes. Unter Begründungsakt wurde dabei lediglich die Eintragung im Grundbuch (einschliesslich der zulässigerweise in Bezug genommenen Urkunden) verstanden.

Ausserurkundliche Umstände durften nur dann bei der Auslegung berücksichtigt werden, wenn sie jedermann ohne weiteres erkennbar waren.

Angesichts dieser Praxis erwies sich die Auslegung des Begründungsaktes als wenig geeignete Methode, veränderten Umständen Rechnung zu tragen.

Der Inhalt und Umfang altrechtlicher Grunddienstbarkeiten bestimmt sich gemäß Art. 184 EG BGB nach den früher gültigen Regeln. Diese waren vielfach weit elastischer als die Rechtsprechung zum BGB.

5. Für die Anpassung im Wege nachträglicher Einigung hat die Rechtsprechung nach einigen mißglückten Versuchen strenge Voraussetzungen aufgestellt. Danach kann eine spätere -konstitutiv wirkende- Übereinkunft dinglichen oder obligatorischen Charakter besitzen. Unter den Voraussetzungen, welche die Rechtsprechung aufgestellt hat, bietet diese Methode der Anpassung keine besonderen Schwierigkeiten.

Insgesamt ist jedoch die Frage des späteren Verhaltens nicht genügend durchleuchtet worden.

6. Da die Auslegung des Begründungsaktes bei Anwendung der von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien vielfach angesichts einer veränderten Wirklichkeit versagte, die Parteien sich aber meist auch nicht zu einer nachträglichen Übereinkunft bereit fanden, nahm die deutsche Rechtsprechung Zuflucht zu einer ergänzenden Inhaltsbestimmung gemäß Treu und Glauben (§ 242 BGB). Danach ist gemäß Treu und Glauben den technischen und wirtschaftlichen Veränderungen Rechnung zu tragen, wenn andernfalls der Zweck der Grunddienstbarkeit vereitelt würde. Die Voraussetzungen und Folgen einer solchen Inhaltsbestimmung wurden in der Rechtsprechung weder sachlich noch methodisch befriedigend gelöst. Die von der Rechtsprechung zur Präzisierung von Treu und Glauben benutzten Kriterien, wie gleichbleibende Nutzungsart, Vorhersehbarkeit, Willkür erwiesen sich stellenweise als zu formalistisch und zwangen teilweise -um untragbare Ergebnisse zu vermeiden- zu künstlichen Konstruktionen im Wege "hypothetischer Betrachtungsweise". Dennoch waren in etlichen Fällen die erzielten Lösungen ungerecht, vor allem deshalb, weil die Nachteile der Entwicklung ausschliesslich einem der beteiligten Grundstücke aufgebürdet wurden.

.III. Begründung der eigenen Lösung.

Vorbemerkung:

Die in der bisherigen Praxis verfolgten Wege der Anpassung haben sich vielfach als sachlich und methodisch unbefriedigend erwiesen. Es gilt daher als erstes diese Wege einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Möglicherweise lassen die herkömmlichen Lösungswege bereits bei "sach-gerechter" Anwendung der ihnen eigenen Grundsätze die angestrebten Ergebnisse zu. Erst dann, wenn die bisherigen Wege der Anpassung sich auch bei einer "reformistischen" Betrachtungsweise als unzulänglich darstellen sollten, wäre als zweites zu prüfen, inwieweit neue Wege der Anpassung eingeschlagen werden müssen.

1. Anpassung durch konstitutiven Akt.

In der Rechtsprechung sind zwei Wege der Anpassung durch konstitutive Vereinbarung der Parteien aufgezeigt worden:

- a) die nachträgliche obligatorische Vereinbarung, mit der das dingliche Recht mit "inter partes"-Wirkung nachträglich inhaltlich modifiziert wurde;¹⁾ diese Vereinbarung konnte unter gewissen Voraussetzungen auch stillschweigend geschlossen werden;²⁾
- b) die nachträgliche dingliche Abänderung der bestehenden Servitut gemäß §§ 877, 873 BGB.

Daneben lässt sich noch ein dritter Weg der Anpassung durch konstitutiven Akt vorstellen. Zwischen den Grundstückseigentümern kann eine -auch stillschweigend mögliche- nachträglich obligatorische Übereinkunft des Inhalts getroffen werden, dass sich der eine Teil dem andern gegenüber verpflichtet, an einer dinglichen Änderung der bestehenden Servitut mitzuwirken. Diese Verpflichtung könnte notfalls klageweise realisiert werden. Diese Vereinbarung bedarf keiner Form.³⁾ Aus Gründen der Rechtssicherheit müssten jedoch an eine solche Übereinkunft die gleichen strengen Voraussetzungen geknüpft werden, wie sie der BGH im Fall der stillschweigenden obligatorischen Abänderung verlangte.

Mit dieser Möglichkeit der Anpassung durch abändernden konstitutiven Akt lassen sich selbstredend sämtliche Grundfälle entwicklungsbedingter Veränderungen lösen. Methodisch ergeben sich keine besonderen Probleme. Der belastete Teil wird allerdings einer solchen Vereinbarung nicht ohne weiteres beitreten. Angemessene Entschädigungen werden aber vielfach dieses Hindernis beseitigen können.

1) vgl. oben S. 114 m.w.Hinw.

2) vgl. oben S. 114 f

3) vgl. oben S. 115

2. Anpassung durch extensive Auslegung.

Können Inhalt und Umfang eines Rechtsgeschäfts nicht einwandfrei festgestellt werden, bedarf es der Auslegung

Diese Notwendigkeit der Auslegung ergibt sich regelmässig angesichts späterer entwicklungsbedingter Veränderungen, auf welche die Parteien bei Begründung des Rechts nicht ausdrücklich Bezug genommen haben.

In diesem Sinne ist jede auslegungsbedürftige Grunddienstbarkeit "ungemessen." Die im früheren Recht geltende Unterscheidung in gemessene und ungemessene Dienstbarkeiten⁴⁾ wurde jedoch in das BGB nicht übernommen; die im früheren Recht für ungemessene Dienstbarkeiten vor-

handenen Regeln können daher heute keine Anwendung mehr finden. Eine allgemeine Vermutung dahin, dass bei ungemessenen Dienstbarkeiten der Belastete regelmässig mit einer Ausweitung des Rechts einverstanden sei,⁵⁾

lässt sich mangels positiver Anordnung im BGB nicht weiter aufrecht erhalten. Ebenso gut könnte nämlich mangels eindeutiger Zulassung einer Ausweitung des Rechts eine entgegengesetzte Vermutung zugunsten der Freiheit des Eigentums vertreten werden.⁶⁾ Allerdings findet auch eine solche Vermutung, soweit sie mehr als eine Beweisregel sein will, im BGB keinen Anhalt.

Das von den Parteien "Gewollte", mit anderen Worten, der Inhalt der Grunddienstbarkeit muss daher ohne jede Vermutung zugunsten der einen oder anderen Seite allein auf Grund der allgemeinen Auslegungsregeln bestimmt werden.

4) vgl. § 71 I 22 Preuss. ALR; Juris classeur a.a.O. Nr. 41 Naegeli a.a.O. S. 15/16; Klang a.a.O. § 484 Anm. 2a

5) Mugdan, Bd. III S. 733

6) so St.M.H. § 31 II S. 548

Die von der Rechtsprechung⁷⁾ aufgestellten Auslegungsgrundsätze lassen für eine Anpassung durch Auslegung allerdings nur wenig Raum. Eine erfolgreiche Auslegung ist angesichts veränderter Umstände nur dann durchführbar, wenn möglichst viele, ausserhalb des Rechtsgeschäfts liegende Umstände Berücksichtigung finden. Da sich die entwicklungsbedingten Veränderungen -wie die oben zusammengestellten Fallgruppen zeigen- im Bereich der Aussenwelt vollziehen, besteht nur bei Berücksichtigung einer grösstmöglichen Zahl von ausserrechtsgeschäftlichen Umständen im jeweiligen Fall eine gewisse Wahrscheinlichkeit, den veränderten Bedingungen im Wege der Auslegung Rechnung tragen zu können.

Da sich die Parteien bei Begründung des Servitutenrechts üblicherweise keine Gedanken über den späteren Verlauf der Entwicklung machten, wird ferner eine Auslegungsmethode welche ausschliesslich auf den "wirklichen" Willen im Sinne eines empirischen Willens abstellt, wesentlich geringere Erfolgsaussichten besitzen, als eine objektive Auslegungsmethode, die lediglich an das tatsächlich "Erklärte" anknüpft.

Schliesslich muss überprüft werden, ob nicht eine differenzierende Behandlung der verschiedenen zur Verfügung stehenden Auslegungssubstrate (obligatorischer Bestellungsvertrag, dingliche Einigung, Grundbucheintragung) angebracht ist, sodass auf diesem Wege eine umfassende Auslegung ins Spiel gebracht werden kann.

7) vgl. oben S.79 und dort zitierte Rechtsprechung

a) Der Gesetzgeber hat für die Auslegung von Grunddienstbarkeiten keine besonderen Auslegungsregeln aufgestellt.⁸⁾ Es muss daher auf die allgemeinen Auslegungsregeln in § 133 und § 157 BGB zurückgegriffen werden. Systematische Bedenken stehen einer Anwendung dieser Bestimmungen, die im allgemeinen Teil des BGB stehen, nicht entgegen. Beide Bestimmungen finden nach einheitlicher Auffassung in Lehre und Rechtsprechung auch im Sachenrecht Anwendung.⁹⁾ Schwierigkeiten ergeben sich jedoch aus der "Natur der Sache"¹⁰⁾ und aus dem Wortlaut der Bestimmungen.

§ 133 BGB spricht von "Willenserklärung", § 157 BGB von der "Auslegung von Verträgen". Auslegungsgegenstand bei Servituten kann jedoch der obligatorische Vertrag, die dingliche Einigung oder die Eintragung im Grundbuch sein. Die bisherige Rechtsprechung ist davon ausgegangen, dass sich die Auslegung an der Eintragung im Grundbuch zu orientieren hat. Daran ist soviel richtig, als die Eintragung das nach aussen hin in Erscheinung tretende wesentliche Element der Rechtsbegründung ist. Die Eintragung ist allerdings -für sich genommen- weder Willenserklärung noch Vertrag sondern staatlicher Hoheitsakt. Unter dem Gesichtspunkt der Auslegung ist jedoch weniger darauf Gewicht zu legen, dass die Eintragung in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in das Grundbuch gelangte, sondern darauf, dass die Eintragung materiellrechtlich innerhalb des dinglichen "Vertrages" liegt, der sich aus Einigung und Eintragung zusammensetzt.¹¹⁾

8) vgl. oben S. 42-48

9) vgl. RG HRR 1928 Nr. 2079; vgl. auch Wolff-R. SR § 38 II 3

10) RG LZ 1917, 917

11) Wolff-R. SR § 38 II 2; Hoche in Pal. § 892 Anm. 7

Aus § 914 und § 892 BGB ergibt sich nämlich, dass jeweils "Einigung und Eintragung" gemeint sind, wenn wie in § 892 I BGB von "Rechtsgeschäft" bzw. wie in § 914 II S.1 BGB von "Vertrag" gesprochen wird. Einigung und Eintragung zusammen können daher, zumindest unter dem materiellrechtlichen Gesichtspunkt der Auslegung, als Rechtsgeschäft bzw. als Vertrag angesehen werden. Die Auslegungsregeln von § 133 und § 157 BGB können daher direkte Anwendung finden.

Die von Westermann¹²⁾ vertretene Ansicht, wonach bereits die Einigung allein als "dinglicher Vertrag" bezeichnet werden kann, steht zu der von Wolff-Raiser geäußerten Ansicht nur scheinbar in Widerspruch.¹³⁾ Westermann behauptet nämlich nicht, dass die Einigung allein den das dingliche Recht konstituierenden Vertrag darstellt; Westermann meint lediglich, dass die Einigung der das "Willensmoment" enthaltende Teil im Doppeltatbestand, "der die Verfügung darstellt", ist.¹⁴⁾ Die von Westermann daraus gezogenen Folgerungen sollen später¹⁵⁾ untersucht werden. Die für die direkte Anwendung von § 133 und § 157 BGB erforderliche Zugehörigkeit der Eintragung zu materiellrechtlichem Verfügungstatbestand wird dadurch jedenfalls nicht in Zweifel gezogen.

b) Eine andere Frage in diesem Zusammenhang ist jedoch, ob Einigung und Eintragung nur als Einheit ausgelegt werden sollen, wobei die Einigung hinter der nach aussen in Erscheinung tretenden Eintragung als bedeutungslos zurücktritt, oder ob eine getrennte, möglicherweise sogar

12) Westermann, SR § 76 I 3

13) wie Wolff-R.a.a.O. meint

14) Westermann, SR § 76 I 1

15) s.unten S.171/172; vgl.auch oben S.75/77

unterschiedlichen Regeln folgende Auslegung von Einigung und Eintragung angebracht ist.

Mit Ausnahme von Westermann haben Lehre und Rechtsprechung die Auslegung von dinglichen Rechten, die zur Wirksamkeit der Eintragung bedürfen, stets als Frage der Auslegung des Grundbucheintrags verstanden. Diese Bevorzugung der Eintragung gegenüber der dinglichen Einigung kommt daher, dass lediglich die Eintragung Inhalt und Umfang des Rechts vollinhaltlich verlautbart; nur die Eintragung genießt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Eine möglicherweise fehlende Einigung oder ein "Minus" der Einigung gegenüber der Eintragung, welches die überschüssende Eintragung unwirksam macht, spielen wegen §§ 891, 892 BGB einem Gutgläubigen gegenüber keine Rolle. So betrachtet ist die Rolle der Einigung tatsächlich äusserst gering; es hat nicht an Versuchen gefehlt, sie überhaupt als Erfordernis für das dingliche Verfügungsgeschäft zu streichen.¹⁶⁾ Bei Westermann¹⁷⁾ erlangte die Einigung neben der Eintragung wieder eine gewisse eigenständige Bedeutung, wenn er die Einigung als solche unabhängig von der Eintragung gemäß § 133, 157 BGB auslegen lässt. Neben dem formlos gültigen obligatorischen Vertrag ist es die formlos gültige Einigung, welche eigentlich die Gesamtheit des von den Parteien "Gewollten" umfasst. Die Eintragung gibt immer nur einen knapp gehaltenen Ausschnitt aus dem von den Parteien "Gewollten" wieder. Die Einigung ist schon ihrer Funktion nach mehr für die Parteien bestimmt und maßgebend; die Eintragung hat ihrer Aufgabe nach

16) vgl. H. Krause A.c.P. 145, 312 ff.

17) Westermann DNotZ 1958 a.a.O. und SR § 76 I 1-3

vorwiegend für den Aussehatenden Bedeutung. Eine Auslegung, die darauf angewiesen ist, möglichst alle erreichbaren äusseren Anhaltspunkte heranzuziehen, darf eine solche Möglichkeit -wie sie Westermann zur Erörterung stellt- nicht ausser Acht lassen.

Dogmatische Bedenken gegen eine eigenständige Auslegung der Einigung bestehen nicht. Wenn die Einigung auch nicht der dingliche Vertrag ist, durch welchen das Servitutenrecht begründet wird, so ist die Einigung doch immerhin ein dingliches Rechtsgeschäft innerhalb des zweiaktigen dinglichen Verfügungstatbestandes von "Einigung und Eintrag".¹⁸⁾ "Einigung" und "Eintragung" können daher jeweils selbständig gemäß § 133, 157 BGB ausgelegt werden. Ob aus einer solchen getrennten Auslegung im Einzelfall tatsächlich ein für die Anpassung geeignetes Ergebnis erzielt werden kann, soll unten untersucht werden.¹⁹⁾

c) Mit der Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln auf die Auslegung dinglicher Rechte gerat man in den bei den §§ 133, 157 BGB seit langem herrschenden Streit über das Verhältnis dieser Bestimmungen untereinander und über ihren Inhalt.

Nach § 133 BGB ist "...bei Willenserklärungen der wirkliche Wille zu erforschen...", während gemäß § 157 BGB "...Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern..". Neben einer formalistischen Betrachtungsweise, die § 133 BGB nur für Willenserklärungen, § 157 BGB nur für Ver-

18) vgl. Westermann, SR³, § 76 I 2 u. 3

19) vgl. unten S. 171/172 u. oben S. 75/77

träge angewendet wissen will²⁰⁾ stehen sich schon seit Erlass des BGB zwei Auffassungen bezüglich der Auslegung gegenüber: Eine subjektive Theorie, die nur den "wirklichen" Willen berücksichtigen will, und eine objektive Theorie, die ausschliesslich auf das "Erklärte" abstellt, gleichviel, was die Parteien tatsächlich gewollt haben. Für die Anpassungsfrage würde eine umfassende und ausschliessliche Anwendung der subjektiven Theorie dazu führen, dass die Auslegung in den Fällen späterer Veränderungen der Verhältnisse regelmässig keine Lösung bieten könnte, es sei denn, es gelingt der Nachweis, die Parteien hätten auch für den Fall der Änderung der Verhältnisse eine bestimmte Regelung tatsächlich vereinbart. Es kann daher nur eine mehr objektiven Gesichtspunkten folgende Auslegungsmethode bei späterer Änderung der Verhältnisse taugliche Hilfestellung geben.

Da Willenserklärungen, die zu Verträgen führen, nach überwiegender Ansicht²¹⁾ nicht ausschliesslich nach § 133 BGB beurteilt werden dürfen, vielmehr auch der Regel des § 157 BGB unterstehen, verbleibt schon nach dem Gesetze für eine exklusive Anwendung von § 133 BGB, dem Hort der rein subjektiven Auslegung, nur das Gebiet der einseitigen (nicht empfangsbedürftigen) Willenserklärung. Es bleibt somit die Frage, aus welchen anderen Gründen dem einen oder dem anderen Prinzip ein Vorrang einzuräumen ist; ob also grundsätzlich das "wirklich Gewollte" oder lediglich das tatsächliche "Erklärte" Bevorzugung verdient. Dieser -mit dem Gesetze allein nicht lösbare-

20) vgl. Übersicht bei Himmelschein, Beiträge S. 3-36

21) vgl. Enn.-Nipperdey BGB Allg. Teil §§ 205/206; Danckelmann in Pal., Einführung vor § 110 BGB, Anm. 2; Larenz, M.d.A.d.R. S. 7/8 (= Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts)

Dualismus von Wille und Erklärung hat in der von Larenz eingehend begründeten Auffassung²²⁾ von der Willenserklärung als Geltungserklärung seine Auflösung erfahren. Die Geltungstheorie erfasst die Willenserklärung als eine "Wesenseinheit" aus Wille und Erklärung. Mit ihr endet die bis dahin gezogene Trennung der Willenserklärung in einen Willensakt als psychologische Grundtatsache und einen davon zu unterscheidenen, abgespalteten Erklärungsakt, der allein dazu dient, den inneren Willen kundzugeben.²³⁾ Die soziale Intention des Rechtsgeschäfts aktualisiert sich vielmehr unmittelbar in dem Erklärungsakt selbst.²⁴⁾

Mit dieser Auffassung der Geltungstheorie hat sich auch die Aufgabe der Auslegung gewandelt. Nach Larenz²⁵⁾ hat es die Auslegung nicht mehr mit dem "Willen" und seinem Verhältnis zur "Erklärung" zu tun, sondern allein mit den verschiedenen möglichen Bedeutungen einer Erklärung, wobei unter diesen die maßgebliche zu ermitteln ist. Diese maßgebliche Erklärungsbedeutung richtet sich aber nicht nach einem von der Erklärung verschiedenen Willen, sondern nach den objektiven Verständnismöglichkeiten der Parteien. Nach der Geltungstheorie wird daher § 133 BGB insofern richtigerweise so verstanden, als nunmehr "derjenige Sinn zu erforschen ist, den der Erklärende als verständlich anzusehen darf."²⁶⁾ Dieser "zurechenbare" Sinn steht im Gegensatz zu dem, von § 133 BGB abgelehnten, "buchstäblichen" Sinn. So verstanden lässt sich auch § 157 BGB mit § 133 BGB

22) Larenz, M.d.A.d.R; vgl. dazu neuerdings Wieacker, JZ 1967, 385-391; vgl. Flume, Rechtsgeschäft, § 4,7 (S. 57-59)

23) Flume a.a.O. S. 58

24) Wieacker a.a.O. S. 391

25) Larenz a.a.O. S. 69

26) Larenz a.a.O. S. 76/77

ohne Schwierigkeiten in Einklang bringen.

Im Lichte der Geltungstheorie ist es somit Aufgabe der Auslegung, die Bedeutung des Erklärten zu ermitteln. Die "von den Parteien für sich gehegten Absichten"²⁷⁾ sind nicht nur deswegen ohne Belang, weil sie in der Erklärung "nicht zum Ausdruck gelangen", sondern auch, weil die Auslegung sie nicht innerhalb der maßgeblichen Bedeutung des Erklärten ermitteln konnte. Das RG hat insofern, obwohl es von dem damals vorherrschenden Dualismus von Wille und Erklärung ausging, von ganz unerwarteter Seite eine nachträgliche Bestätigung gefunden. Allerdings muss der gegenüber der Rechtsprechung ausgesprochene Tadel mit der Maßgabe aufrecht erhalten bleiben, dass sich das RG bei der Ermittlung der "Bedeutung" der Erklärung in den erwähnten Entscheidungen ausschliesslich auf den "Wortlaut" berief, ohne zu berücksichtigen, dass es einen Wortlaut "an und für sich" nicht gibt. Um die richtige Bedeutung der Erklärung zu ermitteln, hätte das RG die "Umgebung", das "Milieu", in die hinein der Wortlaut gestellt war, näher erforschen müssen.

Die Geltungstheorie hat somit lediglich eine der beiden für die Problemlösung entscheidenden Fragen gelöst, indem sie den "wirklichen Willen" hinter der Bedeutung des Erklärten zurücktreten lässt; sie bietet damit eine für die Anpassung grundsätzlich besser geeignete Ausgangsbasis als eine ausschliessliche subjektive Theorie. Bei Anwendung der Geltungstheorie darf jedoch nicht in den Fehler verfallen werden, dass es lediglich eine Be-

27) vgl. RG LZ 1917, 917 f; SA 79 Nr. 117; HRR 1928 Nr. 2079

deutung schlechthin zu ermitteln gelte. Zwar ist eine Erklärung, welche die soziale Intention in sich trägt und nicht nur kundgibt, in einem gewissen Umfange "objektiviertes Sinngebilde" und -vergleichbar dem "objektivierten" Gesetz- aus sich heraus deutbar.²⁸⁾ Gleichwohl lassen sich jedoch Einzelheiten der "sozialen Intention" und damit die maßgebliche Bedeutung des Erklärten nur dann ermitteln, wenn man auf das von den Parteien empirisch "Gewollte" Rücksicht nimmt; denn nur der Wille ist maßgeblich, der die Erklärung steuert.²⁹⁾ Es kann daher auch bei der Geltungstheorie grundsätzlich nicht auf das verzichtet werden, was die Parteien im Zeitpunkt der Vereinbarung "wollten". Es bleibt dabei, dass das von den Parteien empirisch Gewollte -wie bereits § 133 BGB vorschreibt- bei der Auslegung "zu erforschen" ist.³⁰⁾

Das Spannungsverhältnis zwischen der Erklärung als "objektiviertem Sinngebilde", welches das volitive Element bereits in sich trägt, einerseits und der Frage nach dem Inhalt des steuernden Willens im Einzelfall wird daher auch unter der Herrschaft der Geltungstheorie nicht beseitigt.³¹⁾

28) vgl. Larenz GG S.159 f; M.d.A.d.R.S.35 ff

29) Luderitz S.309 ff 320

30) Enn.Nipperdey Allg.Teil § 206

31) Die Meinung Flume's (a.a.O.S.58 unten), die Willenserklärung sei schon seit Savigny ihrem Inhalt nach Geltungserklärung gewesen und auch so aufgefasst worden, was sich nach der Willenstheorie von selbst verstehe, wurde von Larenz im Nachwort zur Neuauflage 1966 seiner Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts (nach S.106) zu Recht kritisiert; denn "...die Willenstheorie ist jedenfalls nicht immer so verstanden worden, wie Flume sie verstanden wissen will....."

Im übrigen schwächte Flume bereits auf S.59 unten (a.a.O.) seine auf S.58 geäußerte Auffassung insofern wieder ab, als er für einen Teil der Fälle die Geltungstheorie auf Grund ihrer Wirkung als Erklärungstheorie bezeichnete.

d) Welche Umstände überhaupt und im einzelnen Fall bei der Auslegung zu berücksichtigen sind, hängt weitgehend von Art und Zweck der Erklärung und von den im Spiel stehenden Interessen ab. Unter diesem Blickwinkel wird es erklärlich, wenn bei der Auslegung "förmlicher" Erklärungen nur in einem beschränkten Umfange ausserurkundliche Umstände berücksichtigt werden dürfen.³²⁾ Diese Überlegungen führen aber dazu, die Frage, welche ausserurkundliche Umstände Berücksichtigung finden können, unterschiedlich zu behandeln, je nachdem ob es sich um die Inhaltsbestimmung von obligatorischem Grundgeschäft bzw. von der dinglichen Einigung oder um die der Eintragung der Servitut handelt. Obligatorisches Grundgeschäft und dingliche Einigung sind formlos gültig; beide erteilen darüber Auskunft, ob und inwieweit vor allem die bestellenden Parteien das dingliche Recht einräumen bzw. beanspruchen wollen. Obligatorisches Grundgeschäft und dingliche Einigung besitzen nur Bedeutung bis zum Zeitpunkt der Eintragung des Rechts im Grundbuch. Von da ab wirkt die Vermutung des § 891 BGB zugunsten des dinglich Berechtigten; Dritte werden über §§ 891, 892 BGB geschützt. Die Bedeutung von obligatorischem Vertrag und dinglicher Einigung erschöpft sich daher im wesentlichen im Verhältnis der ursprünglichen Parteien. Formvorschriften oder Interessenlage stehen somit einer weiten Auslegung nicht im Wege.³³⁾ Anders verhält es sich mit der Eintragung im Grundbuch. Sie ist die für jedermann maßgebliche Auskunft über den Inhalt und Umfang des dinglichen Rechts. Die Aus-

32) Lüderitz, S.179-214

33) Westermann, DNotZ 1958, 259 ff

legung der Eintragung darf daher nur solche Umstände berücksichtigen die jedermann ohne Schwierigkeiten zugänglich und erkennbar sind. Andernfalls würde der Erwerb eines Grundstücks zu einem Glücksspiel werden; der Umfang der Grundstücksbelastung würde weitgehend von dem zufälligen Umstand abhängen, ob der Erwerber auf eine ihm günstige oder weniger günstige Auslegung der vorhandenen Belastung "trifft". Die Rechtsprechung des BGH liess daher mit Recht lediglich eine Berücksichtigung jener Umstände zu, welche "jedermann" ohne weiteres erkennbar sind".³⁴⁾

Diese Erkennbarkeit muss jedoch den betreffenden Umstand nicht nur als solchen erfassen, Erkennbarkeit für jedermann bedeutet vielmehr auch, dass jeder spätere Beurteiler ohne weiteres den betreffenden Umstand in seiner Bedeutung für die Begründungspartei im Zeitpunkt der Bestellung erkennen muss. Daran hat auch die Wertungstheorie nichts zu ändern vermocht.

e) Die Berücksichtigung ausserhalb der Erklärung liegender Umstände mit der Beschränkung auf die "jedermann ohne weiteres erkennbaren Umstände" lässt naturgemäß im Falle später eingetretener Veränderungen für eine Anpassung im Wege der Auslegung keinen grossen Spielraum. Allerdings werden sich auch in diesem Rahmen bei nicht zu engherzöger Handhabung der von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze in zahlreichen Fällen sachgerechte Ergebnisse erreichen lassen. Schon die Eintragung als solche tritt uns als Eintragung eines bestimmten Grundbuches, eines bestimmten Ortes und eines bestimmten Eintragungszeitpunktes entgegen. Daraus

34) vgl. die Zusammenfassung der "herrsch. Rspr." in BGH LM § 1018 Nr. 5; vgl. auch oben S. 79

lassen sich vielfach bereits Schlüsse auf das von den Parteien Gewollte ziehen.

So dürfte eine Wegerechtseintragung aus dem Jahre 1920, welche lediglich von "Pferdefuhrwerken" spricht, schwerlich auch für eine Benützung durch Motorfahrzeuge bestimmt sein. Zu diesem Zeitpunkt war die Einrichtung der Motorfahrzeuge schon derart bekannt und allgemein gebräuchlich, dass angenommen werden kann, die Parteien hätten darauf Rücksicht genommen, wollten sie tatsächlich das Wegerecht auch für Motorfahrzeuge zulassen.³⁵⁾

Unter Umständen wird auch aus einzelnen, detaillierten Teilregelungen einer Servitut auf die Gesamtintention der Parteien geschlossen werden können. So wird möglicherweise die angegebene Wegbreite, die genaue Beschreibung der zulässigen technischen Mittel einen Hinweis geben, dass eine umfassende Benutzung oder eine rigorose Handhabung des vereinbarten Verbotes gewünscht war.³⁶⁾

Das spätere Verhalten der Parteien kann hingegen im Regelfall nur inter partes aufschlussreiches Indiz für das von den Parteien Gewollte sein; es gehört also nicht zu den allgemein erkennbaren Umständen.³⁷⁾

Andererseits wird man örtliche Sprachgewohnheiten, die Lage der Grundstücke und gewisse auf Dauer angelegte Einrichtungen auf den Grundstücken zu den jedermann erkennbaren Umständen rechnen dürfen. All das sind Umstände, die jeder durchschnittliche, vernünftige Grundstückserwerber ohne weiteres in Rechnung stellen wird. Insofern brauchen die Anforderungen nicht strenger

35) vgl. LG Stuttgart DRspr. I 154 Nr. 22a; vgl. auch Naegeli S. 12 ff und öfter

36) vgl. Juris classeur a. a. O. Nr. 60, 61, 68, 69; vgl. Naegeli S. 20 ff u. öfter

37) vgl. allgemein: Art. 738 Abs. 2 Schweiz. ZGB; Art. 1362; ital. Cc; aber auch BGH LM 242 (D) Nr. 41

zu sein als die "natürliche Einstellung" der betreffenden Kreise.³⁸⁾

Diese gewisse Zurückhaltung, welche ihren guten Sinn hatte bei der Auslegung der nach aussen hin maßgeblichen Grundbucheintragung, ist bei der Auslegung des obligatorischen Vertrags und der dinglichen Einigung nicht angebracht. Obligatorischer Vertrag und dingliche Einigung wirken nur zwischen den Parteien; Interessen Dritter brauchen bei ihrer Auslegung nicht geschützt werden. Sie können daher in umfassender Weise, unter weitestgehender Berücksichtigung individueller Umstände ausgelegt werden.³⁹⁾

Ergeben sich zwischen Einigung oder obligatorischem Vertrag einerseits und der Grundbucheintragung andererseits inhaltliche Differenzen, können diese mit Aussenswirkung über § 894 BGB bzw. § 812 BGB korrigiert werden. Eine unterschiedliche Auslegung eröffnet daher die Möglichkeit, eine Anpassung durch konstitutiven Akt der Parteien herbeizuführen. Dieser Akt kann auf Grund einverständlicher Regelung erfolgen oder aber auch klageweise erzwungen werden.⁴⁰⁾

Ist jedoch das Grundstück bereits an Dritte weiterge-
langt, kommt der Frage, inwieweit Einigung oder obli-
gatorischer Vertrag weit auszulegen sind, keine prak-
tische Bedeutung mehr zu. Für einen Dritterwerber sind
Art und Umfang der Auslegung von obligatorischem
Vertrag und dinglicher Einigung durch die ursprüngli-
chen Parteien keine "ohne weiteres für jedermann er-
kennbare Umstände."⁴¹⁾ Eine Ausnahme wird allerdings

38) vgl. oben S. 70/71

39) vgl. Westermann, DNotZ a.a.O.; vgl. auch oben S. 75/77

40) vgl. § 895 ZPO, der bei rechtskräftiger Entscheidung das Einverständnis ersetzt.

41) vgl. OLG Celle HEZ 1, 145 ff., das einen gutgläubigen Erwerb an den tatsächlichen Umfang der Ausübung des Servitutenrechts anknüpfen lässt; diese Entscheidung widerspricht §§ 891, 892 BGB, wonach ein guter Glaube lediglich an die Eintragung anknüpfen kann. Allerdings könnte der tatsächliche, allgemein sichtbare Umfang der Ausübung des Rechts ein Anhaltspunkt für eine -weite- Auslegung der Eintragung sein.

für die Fälle der Bösgläubigkeit des Erwerbers zu machen sein, dann nämlich, wenn der Erwerber wusste, dass der Eintragung ein "Weniger" an Einigung bzw. obligatorischem Vertrag zu Grunde lag. Ein "Mehr" kann ein bösgläubiger Erwerber schon wegen § 873 BGB nicht erlangen.

Zusammenfassend bietet jedoch die Auslegung auch bei differenzierender Handhabung je nachdem, ob es sich um die Eintragung im Grundbuch oder um die dingliche Einigung bzw. den obligatorischen Vertrag handelt, gerade in den bedeutenden Fällen nur bescheidene Möglichkeiten, eine Grunddienstbarkeit den veränderten Verhältnissen anzupassen.

3. Anpassung durch ergänzende Auslegung.

Nachdem sich die eigentliche Auslegung als wenig geeignetes Mittel für die Anpassung erwiesen hatte, ging die Rechtsprechung im Laufe der dreissiger Jahre dazu über, im Anschluß an die Auslegung im eigentlichen Sinne eine Art zusätzlicher "Inhaltsbestimmung" durchzuführen. Es finden sich vielfach Sätze wie, "...bei der Inhaltsbestimmung des Rechts ist den Veränderungen der Entwicklung.. Rechnung zu tragen." An einigen Stellen wird hierbei ausdrücklich auf "Treu und Glauben" Bezug genommen. Dienaheliegende Annahme, hier gelange eine ergänzende Auslegung zum Zuge, haben jedoch das RG und der BGH⁴²⁾ übereinstimmend durch -zum Teil ausdrückliche- Ablehnung der ergänzenden Auslegung bei der Auslegung von Grunddienstbarkeiten nicht bestätigt. Eine solche ergänzende Auslegung ist bei der Auslegung von Grundbucheintragungen in der Tat nicht möglich. Versteht man unter ergänzender Auslegung -worauf die Bezeichnung bereits hinweist- eine inhaltliche Ergänzung bezüglich einzelner Teile einer vertraglichen Regelung nach dem erkennbaren tieferen Sinn der Gesamtregelung⁴³⁾, kommt eine ergänzende Auslegung immer nur dann zur Anwendung, wenn die Vertragsparteien für den zur Entscheidung anstehenden Fall keine oder keine ausreichende Regelung getroffen haben. Dies gilt besonders dann, wenn die Parteien nach ihrem aktuellen Verständnis im Zeitpunkt der Erklärung den betreffenden Fall nicht regeln konnten, da sie ihn nicht voraussahen.

42) RG SA 86 Nr.150; BGH GBW 1966,135

43) vgl.Flume S.323; Lüderitz S.454; Larenz M.d.A.d.R. S.92 ff (101); vgl.vor allem BGHZ 9,273(277 f).

Dies trifft an sich gerade bei den später eintretenden Veränderungen zu, welche eine "situationsentsprechende" Interpretation der unpassenden, lückenhaft gewordenen Regelung erforderlich machen. In all diesen Fällen liegt nämlich eine nachträgliche Lücke im Verträge vor. Von der Problemlage her wäre somit in den Fällen entwicklungsbedingter Veränderungen die Anwendung der ergänzenden Vertragsauslegung angebracht.

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Vertragslücke vorliegt, hat es keine Bedeutung, welcher Auslegungstheorie man folgt. Bei Abstellen auf das "wirklich Gewollte" im Sinne der subjektiven Theorie weist der Wille der Parteien Lücken auf; bei der objektiven Theorie ist die "Erklärung" als solche lückenhaft; bei der Geltungstheorie lässt sich die "maßgebliche Bedeutung" nicht mit der erforderlichen Sicherheit ermitteln.

Eine ergänzende Auslegung ist aber nur dann durchführbar, wenn die ihr vorausgehende eigentliche Auslegung so deutliche Hinweise zu geben vermag, dass eine dem festgestellten Vertragsinhalt kongruente Lösung bezüglich des lückenhaften Vertragsteiles tatsächlich gefunden werden kann.⁴⁴⁾ Es müsste also auf Grund der eigentlichen Auslegung ermittelt werden können, welche ergänzende Regelung sich in Anbetracht der vorhandenen -festgestellten- Regelung "gehört".⁴⁵⁾ Bezugspunkt der Vertragsergänzung ist somit immer die ursprüngliche Vereinbarung. Aus ihr müsste der

44) Flume S.323, Larenz M.d.A.d.R. S.92 ff(101);
Soergel-Siebert-Knopp, Allg. Teil § 157 RdNr.104 f;
45) so Flume S.323

"grundsätzliche Zweck , der "Geist des Vertrages" entwickelt werden. Ein solcher, auf die nicht geregelte Fallkonstellation "übertragbarer" Wille lässt sich aber gerade mittels einer restriktiven Auslegung der nur bei großzügiger Handhabung aussagekräftigen Grundbucheintragung nicht, zumindest nicht genügend deutlich ermitteln. Die Eintragung lässt in der Regel -und auch das nur über Treu und Glauben- lediglich die Folgerung zu, dass die Parteien grundsätzlich zu einer Anpassung des Rechts bereit sind und -mit den Worten des Reichsgerichts ausgedrückt- "den Zweck der Dienstbarkeit nicht vereiteln" wollen. Mehr lässt sich gerade in den Fällen grundlegender Veränderungen der Aussenwelt nicht aus der vorhandenen Regelung entnehmen. Diejenigen, die daraus detaillierte Regelungen für die spätere Situation entnehmen wollen, sind gezwungen, das, was sie als tieferen Sinn der Regelung zu ergründen vorgeben, erst in irgend einer Weise in die ursprüngliche Vereinbarung "hineinzuinterpretieren."⁴⁶⁾

Auch eine inhaltliche Weiterentwicklung des unpassend gewordenen Rechtsgeschäfts nach den Grundsätzen "eines vernünftigen Mannes" (reasonable man) oder danach, "was redlich denkende Parteien verständigerweise vereinbart hätten", erweist sich letztlich als wenig taugliche Methode. Diese Formulierungen besagen eigentlich nichts anderes, als dass es gelte, eine gerechte Lösung in dem betreffenden Falle zu finden.⁴⁷⁾

46) Lüderitz S.454 u.öfter

47) Flume S.500; SSK Allg.Teil § 157 RdNr.121 ff;
A.P. Herbert, Rechtsfälle, Linksfälle S.7 ff
(Der verständige Mann.)

Indem man die Beurteilung darauf stützt, was rechtens wäre, wird die Ausfüllung der Vereinbarung bereits auf allgemeingültige Kriterien verlagert. Es liegt in Wahrheit bereits eine verdeckte Gesetzesanwendung oder Rechtsfindung *praeter legem* zu Grunde.⁴⁸⁾

Im Fall der Servitutenauslegung kommt zu diesem -der ergänzenden Auslegung allgemein anhängenden- Problem hinzu, dass die als Ausgangspunkt der Auslegung in Betracht kommende ursprüngliche Vereinbarung für Dritterwerber nicht mehr in ihrer vollen Unmittelbarkeit gilt. Die ergänzende Auslegung verliert ihre Rechtfertigung aus dem ursprünglichen Vertrage nämlich in dem Masse, in welchem man sich von der ursprünglichen Vereinbarung entfernt. Die Ausweitung von Inhalt und Umfang einer vorhandenen Servitut, welche bereits durch die Hände einer Reihe von Eigentümern gegangen ist, lässt sich letztlich nicht mehr auf den "Willen" der ursprünglichen Parteien gründen; sie muss vielmehr aus dem Gesetze, das Inhalt und Umfang für einen Dritterwerber durch die Eintragung ausweisen lässt, bestimmt werden.

Schliesslich spricht noch folgende, von Larenz angestellte Überlegung⁴⁹⁾ gegen eine Anpassung der Grunddienstbarkeiten im Wege der ergänzenden Auslegung. Nach Larenz, aber auch nach der Auffassung anderer⁵⁰⁾ findet der vom Typus abweichende, individuell gestaltete Vertrag die ihm gemässe Regelung mittels der ergänzenden Auslegung; der typische Vertrag wird durch dispositives Recht ergänzt. Grunddienstbarkeiten sind

48) vgl. SSK § 157 RdNr. 123

49) Larenz NJW 1963, 737 ff(741)

50) vgl. Canaris S.54; Lüderitz S.395; Henckel AcP 159, 106 ff

nur selten inhaltlich bis ins Detail ausgestaltet. In der Regel enthalten sie grob umrissene Andeutungen wie z.B. "Recht zu gehen und zu fahren", "Baubeschränkung für Mietskasernen" usw.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass die ergänzende Auslegung im Regelfall nicht in der Lage sein wird, Inhalt oder Umfang einer Servitut einer veränderten situation im einzelnen anzupassen. Verwendbar bleibt lediglich jene allgemeine Überlegung, dass nach Treu und Glauben grundsätzlich eine Anpassung erforderlich ist. Diese Anwendung von Treu und Glauben braucht sich aber nicht notwendig auf Grund einer ergänzenden Auslegung zu ergeben. Es zeigt sich hier eine ähnliche Erscheinung wie bei der Auslegung im engeren Sinne. Konnte dort in dem Masse geholfen werden, in welchem eine Grundbucheintragung durch Ausführlichkeit Klarheit verschaffte, wird bei der Ergänzung der Auslegung der feststellbare "individuelle Zweck" der betreffenden Servitut bei der Inhaltsbestimmung Hilfestellung zu leisten vermögen. Da sich ein solcher, auf die Parteien selbst zurückführbarer Zweck der Servitut meist nur in groben Zügen ermitteln lässt, bleibt schliesslich nur der Rückgriff auf dispositives Recht.

4. Anpassung auf Grund dispositiven Rechts.

Für den Bereich der Grunddienstbarkeiten ist es schwierig, einschlägige, gesetzliche Regelungen, welche für eine Anpassung in Frage kommen, zu finden.

Anhaltspunkte finden sich -abgesehen von §§ 8 und 71 I 22 Preuss.ALR, die für das alte Recht gelten- innerhalb der §§ 1018 ff BGB lediglich in § 1020 Abs.1 Satz 1, § 1023 Abs.1 Satz 1 und §§ 1025/1026 BGB. Darnach hat gemäß § 1020 Abs.1 Satz 1 BGB der Berechtigte bei Ausübung der Grunddienstbarkeit das Interesse des Eigentümers des dienenden Grundstücks tunlichst zu schonen. Gemäß § 1023 Abs.1 Satz 1 BGB kann der Eigentümer des verpflichteten Grundstücks die Verlegung der Ausübung der Grunddienstbarkeit auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle des Grundstücks verlangen, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für den Belasteten besonders beschwerlich ist; -die Kosten für die Verlegung hat der Belastete zu tragen bzw. vorzuschüssen. Schliesslich ist bei Teilung des herrschenden Grundstücks die Ausübung der Grunddienstbarkeit für die aus der Teilung hervorgehenden Grundstücke im Zweifel nur in der Weise zulässig, dass sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird. Alle drei Fälle sind Konkretisierungen des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben im Rahmen des Servitutenrechts.⁵¹⁾

Diese Bestimmungen gelten jedoch nur -geht man von ihrem Wortlaut aus- für die Ausübung der Grunddienstbarkeit. Die Möglichkeit einer inhaltlichen Modifizierung scheint damit nicht gegeben. Ausserdem beziehen

51) vgl.Hoche in Pal. § 1020 BGB Anm. 1

sich diese Bestimmungen nur auf einen kleinen Teil der vielfältigen, möglichen Fallgestaltungen, wenn auch nicht übersehen werden darf, dass § 1020 Abs. 1 Satz 1 BGB mit seinem Gebot "tunlichster Schonung" bereits Ansätze einer umfassenden Regelung zeigt.

Die Anpassungsfälle stossen somit vielfach nicht nur auf eine Vertragslücke, vielmehr scheint auch eine Lücke im Gesetz vorzuliegen. Damit bleibt nur die Möglichkeit, die Fälle der Servitutenanpassung im Wege richterlicher Rechtsfindung praeter legem zu lösen. Ein solcher Weg bietet allerdings sowohl in seinen Voraussetzungen als auch in seiner Abwicklung nicht unerhebliche Schwierigkeiten. In diesem Zusammenhang wird auch zu prüfen sein, in welchem Verhältnis die -von der Rechtsprechung bevorzugte- Anwendung von "Treu und Glauben" (§ 242 BGB) zur richterlichen Rechtsfindung steht.

5. Anpassung im Wege praeterlegaler Rechtsfindung.

a) Hier stellt sich als erstes die grundsätzliche Frage nach der Ermächtigung des Richters, gesetzliche Lücken selbst auszufüllen.

aa) In Art.137 GVG ist die "Fortbildung des Rechts" als Aufgabe der Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt. Andererseits ist gemäß Art.97 Abs.1 GG der Richter "nur dem Gesetz unterworfen". Gemäß Art.20 Abs.3 GG wiederum ist die Rechtsprechung "an Gesetz und Recht gebunden." Den Widerspruch zwischen diesen drei Bestimmungen gilt es zu klären. Es ist selbstverständlich nicht zulässig, die Diskrepanz im Wortlaut der beiden Grundgesetzbestimmungen mittels Art.137 GVG, einer vorkonstitutionellen einfachen Gesetzesnorm zu lösen. Der Widerspruch zwischen Art.20 Abs.3 GG und Art.97 Abs.1 GG lässt sich jedoch aus der ratio legis dieser Normen selbst entscheiden. Man braucht sich nur bewusst zu machen, dass das Grundgesetz den Begriff "Recht" einmal in einem engen ein andermal in einem weiten Sinn verwendet. Das Recht im weiteren Sinne umfasst das Recht und das Gesetz im engeren Sinne. Allein dort, wo der Begriff Recht ohne weiteren Zusatz vorkommt, wie in Art.25 S.1,31,33 Abs.5,123 bis 129 GG, bezeichnet er das Recht im weiteren Sinne.⁵²⁾ Der Widerspruch der beiden Grundgesetzbestimmungen lässt sich auch damit lösen, dass man den Satz in Art.97 Abs.1 GG, wonach der Richter nur dem Gesetz unterworfen ist, lediglich als traditionelle Formel auffasst, welche die sachliche

52) vgl. Birke, Richterliche Rechtsanwendung S.9

Unabhängigkeit des Richters zum Ausdruck bringen soll.⁵³⁾

bb) Nicht beantwortet ist damit allerdings die weitere

Frage, was unter "Recht" im Sinne von Art.20 Abs.3 GG verstanden werden soll.

Schon aus der Formulierung "Gesetz und Recht" kann eine entschiedene Ablehnung jener Vorstellung herausgelesen werden, wonach ausschliesslich das positive Recht oder nur eine Rechtsnorm im Sinne von Art.2 EG BGB für den Richter verbindlich sein sollen.⁵⁴⁾ Eine solche Auffassung ist bereits aus Gründen der Rechtslogik nicht haltbar.^{54a)} Eine solche Auffassung ist aber auch aus der praktischen Sicht der Rechtsanwendung nicht zu verwirklichen. Sie würde die Lückenlosigkeit des anzuwendenden Normensystems voraussetzen, eine Utopie, an deren Verwirklichung der Gesetzgeber des Preuss.ALR noch glaubte, deren Irrealität der Gesetzgeber des franz.-Code civil bereits ahnte, und von deren Unmöglichkeit der Gesetzgeber des Schweizer ZGB in Art.1 Abs.2 ausging.⁵⁵⁾

Heute ist das Axiom der Lückenlosigkeit des Gesetzes weitgehend in seiner Fragwürdigkeit erkannt; es wechseln lediglich die termini technici, mit denen diese Erkenntnis systematisch umschrieben wird.

cc) Ein "Richten" ausschliesslich nach dem Gesetz ist auch aus Gründen, welche in der Rechtsanwendung selbst liegen, nicht durchführbar. Der Mangelhaftigkeit des positiven Rechts könnte, soweit der Gesetzgeber sich hierzu bereit findet, bis zu einem gewissen Grade

53) vgl. Maunz, Staatsrecht, § 25 II S.230 f (1965)

54) vgl. Hamann, Das Grundgesetz, S.212; Brinkmann, Komm. Art.20 RdNr.72 f

54a) vgl. die überzeugende Beweisführung von Ophüls NJW 1968, 1745-1752

55) vgl. zum Preuss.ALR: Verbot der Auslegung, der Kommentare u. "gelehrter Spitzfindigkeiten"; Klärung von Zweifeln durch Vorlage an die Gesetzeskommission. (Wieacker, Deutsches Privatrecht S.332)
vgl. zum franz.Cc: Art.4 Cc, der die Verweigerung einer richterlichen Entscheidung "sous pretexte du silence de la loi" verbietet. (Wieacker a.a.O. S.339-347)

vgl. zum Schweizer ZGB: Wieacker a.a.O. S.488 ff (494 u.Fn.18)

abgeholfen werden. Es ist jedoch das Ausdrucksmittel des Gesetzes, die Sprache, welche bei der Anwendung des Gesetzes Schwierigkeiten bereitet. Die Sprache des Gesetzes erweist sich in zahlreichen Fallkonstellationen den vielfältigen Gestaltungen der Wirklichkeit nicht gewachsen. Kein Ausdruck, kein Begriff besitzt einen völlig eindeutigen, insbesondere angesichts einer sich stets ändernden Lebenswirklichkeit unwandelbaren Sinn. Kein Wort ist allein aus sich heraus ausdeutbar. Schon in einem scheinbar so einfach liegenden Fall wie in Art.1 Abs.2 Bayer.Verfassung, wonach "die...Landesfarben weiss und blau sind.." lässt sich die nähere Bestimmung, welches Weiss und welches Blau zu verwenden sind, erst bei Berücksichtigung weiterer, ausserhalb der betreffenden Norm liegender Umstände (Tradition, bisherige Handhabung usw.) treffen.

Die Fallentscheidung ausschliesslich im Wege schlichter Subsumtion unter ein hypothetisches vorgefertigtes Urteil hat sich als Wunschbild früherer Juristengenerationen herausgestellt.⁵⁶⁾ In mehr oder weniger starkem Umfang ist jede Rechtsanwendung punktuelle Rechtsfortbildung, "law in making". Erst durch eine überwiegend volitive, wertende Tätigkeit gelingt es dem Richter, die anzuwendende Norm und den zu subsumierenden Lebenssachverhalt zueinander in "Entsprechung zu bringen" und damit überhaupt erst die Anwendung des Gesetzes zu ermöglichen.⁵⁷⁾ In den meisten Fällen erfolgt diese Rechtsfortbildung unbewusst; der Richter lässt im Wege der Gesetzesauslegung oder Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe das Gesetz selbst "sprechen", ohne ihm etwas "hinzuzufügen."⁵⁸⁾

56) vgl.allgemein: Esser, Grundsatz und Norm; insbes. A. Kaufmann, Natur der Sache, S.1-13; Larenz, NJw 1965, 1 ff; Wieacker, Gesetz und Richterkunst S.5 ff; 17.

57) vgl.neben den in Fn.56) Genannten auch Horn, NJw 1967, S.601 ff(604).

58) Larenz a.a.O.(Fn.56) S.2

Eben diese Einstellung des Richters; die norm lediglich zu interpretieren oder zu konkretisieren, erklärt die Auffassung, bei der Rechtsanwendung handle es sich um bloße -kognitive- Subsumtion. Tatsächlich liegt auch hier bereits eine "verdeckte" Rechtsfortbildung vor.⁵⁹⁾ Andererseits wird sich der Richter, der eine Lücke im Gesetz entdeckt und sich bemüht, dieses auszufüllen, im allgemeinen bewusst sein, dass er nun selbst eine Regel aufstellt, welche unmittelbar aus dem Gesetz nicht entnommen werden kann.

An dieser Stelle, in den Fällen der sogenannten "offenen" Rechtsfortbildung, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens. Hier muss nun geklärt werden, inwieweit die Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung ermächtigt ist, welche Bedeutung den Hinweis auf das "Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG zukommt.

Die Auffassungen, wie Lücken im Gesetz auszufüllen sind, gehen weit auseinander. Der Fächer der in diesem Zusammenhang für bedeutsam angesehen "Rechts"-quellen⁶⁰⁾ reicht von der schöpferischen Funktion des subjektiven Rechtsgewissens des einzelnen Richters (Judiz) über die Existenz verbindlicher Anordnungen eines Naturrechts, einer überpositiven Ethik bis zu den Orientierungshilfen, welche sich aus anerkannten richterlichen Kunstregeln ergeben können.^{60a)}

Weder das richterliche Judiz noch das Naturrecht vermögen die ihnen von Vielen zugedachte Funktion tatsächlich auszufüllen. Das subjektive Rechtsgewissen kann wohl bei einem erfahrenen Richter ein wertvolles Mittel auf dem Weg zur Erkenntnis der richtigen Entscheidung

59) Larenz a.a.O.S.2

60) vgl. zur früheren Rechtsquellen-Lehre: Enn.Nipperdey Allg.Teil § 58;

zur heutigen Auffassung: Esser, Grundsatz und Norm, S.283-289; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.15/17

60a) vgl. allgemein: Jsay, Rechtsnorm und Entscheidung; Matz, Das Rechtsgefühl; Esser, Grundsatz und Norm; Esser, Wertung; Viehweg, Topik; im einzelnen: Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.12 ff

sein, es besitzt jedoch keinen Erkenntniswert an sich.⁶¹⁾ Die Existenz "des" Naturrechts oder "eines" Naturrechts im Sinne einer überpositiven verbindlichen Wertordnung wird heute überwiegend verneint; zumindest wird bestritten, dass sich aus einem solchen Naturrecht für die Entscheidung des einzelnen Falles detaillierte Maßstäbe entnehmen lassen.⁶²⁾

Es bleiben somit nur die erwähnten "anerkannten Regeln richterlicher Praxis", die ihren Geltungsanspruch auf die Überzeugung und Billigung durch die maßgeblichen Kreise von Rechtslehre und Rechtsprechung stützen können. Diesen Regeln wird heute unter bestimmten Voraussetzungen "rechtsformende" Kraft zugebilligt.⁶³⁾

b) Zu diesen bewahrten richterlichen Kunstregeln zählen auch die aus § 242 BGB erarbeiteten Grundsätze. Hierher gehören vor allem die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln für die Fälle rechtsmißbräuchlichen Handelns, wie "venire contra factum proprium", "dolo agit qui petit quod statim redditurus est", der Einwand des eigenen unredlichen Erwerbs (tu quoque) oder das Verbot des "incivilliter agere".⁶⁴⁾

aa) Der Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs führte im Jahre 1942 zur ersten -feststellbaren- Anwendung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Servitutenrecht; gemäß § 242 BGB wurde die Unzulässigkeit weiterer Servitutenausübung begründet und ein Anspruch auf Löschung der Dienstbarkeit gewährt.⁶⁵⁾ Angesichts der damals zum Tragen gekommenen Funktionsschicht⁶⁶⁾ von § 242 BGB, dem Verbot rechtsmißbräuchlichen Handelns, geriet das RG nicht in Konflikt mit der allgemein bezüglich der Anwen-

61) vgl. Matz a.a.O.S.122/144; Wieacker a.a.O.S.9

62) Wieacker a.a.O.S.9 ff; A.Kaufmann a.a.O.S.1-13; vgl. allg. Welzel, Naturrecht; Maihofer, Naturrecht.

63) Wieacker a.a.O.S.11 u. öfter;

64) Wieacker a.a.O.S.13; ders. Präzisierung, S.26-36

65) RGZ 169,180 ff; vgl. auch oben S.92

66) vgl. Wieacker, Präzisierung, S.20 ff, 45, 52;

Mühl, NJW 1956,1657 (1658)

dung von § 242 BGB im Sachenrecht aufgestellten Voraussetzung, wonach § 242 BGB nicht in das sachenrechtliche Zuordnungsgefüge eingreifen dürfe⁶⁷⁾ In späteren Entscheidungen hat sich jedoch die Rechtsprechung nicht gescheut, in einzelnen Fällen auch die sachenrechtliche Zuordnungsregelung durch inhaltliche Modifizierung der Servitut unter Berufung auf § 242 BGB den neuen Verhältnissen anzupassen. Die Rechtsprechung kann sich in diesem Zusammenhang nicht damit entschuldigen, sie habe hier lediglich das schuldrechtsähnliche Leistungsverhältnis zwischen Servitut und Eigentum neu bestimmt; im Servitutenrecht lassen sich nämlich die Frage der dinglichen Zuordnung und die Frage des Leistungsverhältnisses nicht voneinander trennen. Sieht man von den Ausnahmefällen der verdinglichten schuldrechtlichen Verpflichtung in § 1021 BGB und bei den "Altenteils"-Rechten⁶⁸⁾ ab, beinhaltet im allgemeinen das positive Recht, ein anderes Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder das "negative" Recht, wonach gewisse Handlungen oder die Ausübung gewisser Rechte auf dem dienenden Grundstück ausgeschlossen sein sollen, die sachenrechtliche Zuordnung unter den beteiligten Grundstücken und den zwischen den Grundstückseigentümern bestehenden Leistungsanspruch in einem. Die Anwendung von § 242 BGB wäre danach bei der Servitutenanpassung, soweit sie als inhaltliche Modifizierung der Servitut verstanden wurde, nicht zulässig gewesen.

67) vgl. Wolff. R. § 1 III 1; Westermann, SR § 2 III 4; Baur, SR § 5, 2 (S. 33); Staud. Weber § 242, A. 29, 32, 34, Wieacker, Präzisierung S. 45

68) vgl. Mühl a. a. O. S. 1658

bb) Betrachtet man jedoch die Fälle genauer, in denen § 242 BGB im Servitutenrecht Anwendung fand, zeigt sich, dass § 242 BGB zu dem Zwecke verwendet wurde, die sogenannte "Ermächtigungsfunktion" des § 242 BGB⁶⁹⁾, d.h. die gesetzliche Möglichkeit, dem einzelnen zur Entscheidung zustehenden Fall durch den Richter "seine individuelle Gerechtigkeit widerfahren zu lassen,⁷⁰⁾" auch für das Servitutenrecht nutzbar zu machen. § 242 BGB diene somit als gesetzlicher Aufhänger, als "starting point" für eine praeterlegal durchgeführte inhaltliche Anpassung der Servitut.

In dieser Eigenschaft -als gesetzliche Ermächtigung für den Richter, Rechtsbeziehungen nach gewissen ausserrechtlichen Grundsätzen zu gestalten-⁷¹⁾ kann jedoch auf § 242 BGB für das Sachenrecht verzichtet werden. § 1020 Abs.1 S.1 BGB kann diese Aufgabe vom Wortlaut her gesehen ebenso gut, von der Gesetzessystematik her sogar wesentlich kompetenter ausfüllen.⁷²⁾ Das Gebot "tunlichster Schonung" gilt zwar nach dem Wortlaut der Bestimmung lediglich für die "Ausübung"; § 1020 Abs.1 S.1 BGB teilt diese Beschränkung jedoch mit § 242 BGB, der ebenfalls -seinem Wortlaut nach- nur bei der "Bewirkung der Leistung" Geltung haben soll. Die Rechtsprechung hat nämlich sehr bald nach dem Inkrafttreten des BGB die Bestimmung des § 242 BGB nicht nur als eine den Schuldner betreffende ergänzende Regel für die Leistungsbewirkung verstanden, sondern sie interpre-

69) vgl. Wieacker, Präzisierung, S.20 ff, 45 f; Rüthers, Die unbegr. Auslegung .S. 54/55

70) Wieacker a.a.O.; Rüthers a.a.O.; Werner, Generalklauseln S.20; Esser, Schuldrecht § 36 II; Staud. Weber § 242 A 1-3; Canaris, Lücken, ".28; Mühl a.a.O.; teilw. anderer Ans.; Larenz, Geschäftsgrundlage³, S.167 f, der offenbar § 242 BGB als Sachnorm ansieht, "Treu und Glauben" in die Nähe eines "unbestimmten Rechtsbegriffes rückt".

tierte § 242 BGB im Sinne einer gegenseitigen Verpflichtung, welche den Gesamtinhalt der vertraglichen Beziehungen überlagerte.⁷³⁾ Neuerdings tendiert die Rechtsprechung auch bei § 1020 Abs.1 S.1 BGB dahin, in der Bestimmung nicht nur eine Beschränkung der Ausübung sondern eine Beschränkung des Inhalts der Servitut anzunehmen.⁷⁴⁾ Aber ebensowenig wie § 242 BGB kann § 1020 Abs.1 S.1 BGB eine nur einseitige Verpflichtung zur Rücksichtnahme darstellen; vielmehr muss aus "Treu und Glauben", welche in § 1020 Abs.1 S.1 BGB bereits eine nähere Bestimmung erfahren haben, geschlossen werden, dass dieses Gebot auch für die andere Seite gilt.⁷⁵⁾ Ähnlich wie "Treu und Glauben" in § 242 BGB eine nähere Bestimmung und Ausgestaltung durch den entscheidenden Richter verlangen, bedarf das Gebot "tunlichster Schonung" in § 1020 Abs.1 S.1 BGB, welches aus dem allgemeinen Gebot des "civiliter uti" des römischen Rechts hervorgeht, im Einzelfall eine nähere Konkretisierung. § 1020 Abs.1 S.1 BGB bietet daher für das Servitutenrecht ähnliche Möglichkeiten wie § 242 BGB für das Schuldrecht. Eine entsprechend umfassende Anwendung von § 1020 Abs.1 S.1 BGB im Servitutenrecht liegt daher nahe. § 1020 Abs.1 S.1 BGB hätte überdies den besonderen Vorteil, dem Sachenrecht "immanent" zu sein. Die bezüglich der Anwendung von § 242 BGB im Sachenrecht erhobenen systematischen Bedenken würden hier nicht gelten. § 1020 Abs.1 S.1 BGB gelangt ausserdem über Art.184 EG BGB auch bei altrechtlichen Dienstbarkeiten zur

73) vgl. SSK § 242 RdNr. 53

74) BGH LM § 242 (D) Nr.31; VRS 23,249 ff; vgl. Mugdan, Bd.III S.269

Anwendung; eine einheitliche Behandlung aller Anpassungsfälle wäre damit gewährleistet.

cc) Man kann dieser Ausweitung des § 1020 Abs.1 S.1 BGB zur Generalklausel des Servitutenrechts nicht entgegenhalten, es handle sich hierbei nur um eine Art Spiegelfechterei: man erlaube nur über § 1020 Abs.1 Satz 1 BGB das, was bei einer Anwendung von § 242 BGB für unzulässig angesehen werden müsste, nämlich die Anwendung von Treu und Glauben auf sachenrechtliche Zuordnungsfragen. Dieser Einwand ist aber nur scheinbar schlüssig.

Es kommt darauf an, in welcher Funktion Treu und Glauben zur Anwendung gelangen. Wieacker hat in seiner Abhandlung "Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB" herausgestellt, dass man bei § 242 BGB drei verschiedene Funktionsschichten von einander abzugrenzen habe, die sich in Voraussetzungen und Folgerungen wesentlich unterscheiden. 76)

Im Bereich der "officium judicis" genannten Funktionsschicht drückt § 242 BGB seine Aufgabe ziemlich genau und treffend aus, nämlich ergänzende Regel für die Bewirkung der Leistung zu sein. Im Gesetzeswortlaut ist allerdings die selbstverständliche Forderung, dass Treu und Glauben für beide Seiten zu gelten haben, nicht genügend zum Ausdruck gebracht. In dieser Eigenschaft bleibt § 242 BGB tatsächlich auf den Bereich des Schuldrechts beschränkt. § 1020 Abs.1 Satz 1 BGB nimmt diese Aufgabe einer ergänzenden Regel für die Ausübung des Rechts im Servitutenrecht wahr.

76) Wieacker, Präzisierung, S.20-36, S.52;
vgl. auch Mühl a.a.O. S.1658

Der zweite Funktionsbereich von § 242 BGB, der Gesichtspunkt der "exceptio doli", stellt bereits anerkanntes und verbindliches "ius commune" dar, welches für das gesamte Zivilrecht Gültigkeit besitzt, ohne dass es einer ausdrücklichen Verweisung auf § 242 BGB bedürfte.⁷⁷⁾ Eine Beschränkung von Treu und Glauben auf das Schuldrecht oder ein spezieller Ausschluss für das Sachenrecht verbieten sich in diesem Zusammenhang wegen der universalen Geltung dieser Maxime.

Treu und Glauben können schliesslich eine gesetzliche Ermächtigung zur richterlichen Rechtsfindung praeter legem darstellen. Eine solche "Rechtsdurchbrechung" findet -schon per definitionem- am vorhandenen, selbst zwingenden Gesetzesrecht keine Schranke.⁷⁸⁾ Ist das vom Richter praeterlegal geschaffene Recht wirklich "Recht", so muss ihm auch die Eigenschaft späteren Rechts zukommen, welches unter Umständen eine lex anterior, eventuell auch eine lex anterior stricta zu derogieren vermag.⁷⁹⁾

dd) Im Rahmen des dritten Funktionsbereichs von

§ 242 BGB, in dem der "gesetzlichen Ermächtigung" bewegte sich die bisherige Rechtsprechung zur Anpassung von Grunddienstbarkeiten, ohne dies allerdings ausdrücklich herauszustellen. Sie gelangte regelmässig im Wege einer sogenannten "Inhaltsbestimmung" zu dem sachlich erforderlichen Ergebnis. Die Konstruktion einer nachträglichen Umgestaltung des vorhandenen Servitutenrechts wurde bewusst vermieden. Der entscheidende Richter begnügte sich vielmehr damit,

77) Wieacker, Präzisierung S.20-36; S.52; vgl. auch RGZ 169,180 ff; BGH NJW 1959,2059(2060); LM § 242 (D) Nr.41 B1.3; NJW 1965,1229; LM § 1020 Nr.1, NJW 1967, 1609(1610)

78) Wieacker a.a.O. S.50/52

79) Wieacker a.a.O. S.50/52

festzustellen, welchen Inhalt und Umfang die betreffende Servitut auf Grund der Änderung der Verhältnisse "ipso iure" erhalten hatte. Eine ähnliche umformende Wirkung scheinen auch Wolff-Raiser⁸⁰⁾ den tatsächlichen Verhältnissen zuzubilligen, wenn sie formulieren:

"... eine Änderung im Inhalt der Grunddienstbarkeit... kann sich auch aus dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242) und der Berücksichtigung veränderter Umstände ergeben...."

In der BGH Entscheidung vom 25.2.1959⁸¹⁾ wurde eine im Beststellungsakt nicht enthaltene Nebenverpflichtung im Sinne von § 1021 BGB -welche also eintragungsbedürftig gewesen wäre (!)- über § 1020 Abs.1 S.1 BGB und § 242 BGB "gefunden". In dem BGH Urteil vom 27.1.1960⁸²⁾ wurde trotz ausführlicher Hervorhebung der Bedeutung der Formvorschriften in §§ 763, 877 BGB eine Inhaltsbestimmung durchgeführt, welche die Servitut den veränderten Verhältnissen anpasste. Es wurden somit für den Bereich der Servitutenanpassung lediglich die bereits im Schuldrecht in Anpassungsfällen üblichen Lösungen übernommen.⁸³⁾ Die von der Rechtsprechung hervorgehobenen, aber letztlich nicht für ausschlaggebend angesehenen Formbestimmungen stehen dem eingeschlagenen Lösungsweg tatsächlich nicht entgegen. Weder § 873 BGB noch die strengen Regeln der Grundbuch-Ordnung verbieten ein solches Vorgehen. Es gibt genügend Fälle, in denen ohne Änderung einer Grundbucheintragung Inhalt, Umfang oder Bestand eines eingetragenen Rechts auf Grund von Änderungen ausserhalb des Grundbuchs in Mitleidenschaft

80) Wolff-R. SR § 108 III;

81) BGH LM 242 (D) Nr.31

82) BGH LM § 242 (D) Nr.41

83) vgl. allg. zur methodischen Einkleidung: Esser, SchR § 36 III 2.u.3; Rütters a.a.O. S.56-63
vgl. aber auch das viel kritisierte Urteil des

BGH (Volkswagenurteil) in NJW 1953, 1585

gezogen werden können. § 22 GBO gibt in solchen Fällen die Möglichkeit, den Grundbucheintrag mit der veränderten Rechtslage in Einklang zu bringen.⁸⁴⁾

Die Anwendung von § 242 BGB ist somit lediglich im Rahmen der sogenannten "officium iudicis" - Funktion im Sachenrecht ausgeschlossen. Für das Servitutenrecht übernimmt jedoch § 1020 Abs.1 S.1 BGB dessen Stelle.⁸⁵⁾ Für die übrigen Fälle ("exceptio doli"-Bereich, Ermächtigungsfunktion) bleibt es letztlich gleichgültig, ob die Anwendung von Treu und Glauben ausdrücklich unter Hinweis auf § 242 BGB oder auf § 1020 Abs.1 S.1 BGB vollzogen wird. Aus systematischen Gründen verdient allerdings § 1020 Abs.1 S.1 BGB, der speziellere Sitz von Treu und Glauben im Servitutenrecht, den Vorzug; § 1020 Abs.1 S.1 BGB bietet überdies den Vorteil, auch für altrechtliche Servituten unmittelbar Gültigkeit zu besitzen.

c) Im Vorhergehenden wurde die Möglichkeit der Anpassung aus methodischer Sicht erörtert, ohne die Frage nach der Erforderlichkeit der Anpassung im einzelnen Falle zu stellen. Diese Unterlassung war folgerichtig, solange die Anpassung im Wege der Auslegung des Begründungsaktes versucht wurde. Gelang es, einen "Willen" der Parteien auch für die neue Situation festzustellen, brauchte auf die Frage, inwieweit eine Anpassung erforderlich war, selbstverständlich nicht mehr weiter eingegangen werden. Die Frage tauchte erst dann auf, wenn man mittels dispositiven Rechts oder

84) H.M.Horber § 22 Anm.2a; vgl.auch Westermann, SR § 122 III 4 a.E.: "Die Änderung des Grundbuchs ist bloße Berichtigung".

85) vgl.Westermann SR § 2 III 4 (S.11)

anderer allgemeiner Regeln in ein vorhandenes Rechtsgeschäft "gestaltend" eingriff.

Die Frage der Erforderlichkeit der Anpassung ist ein Problem der Rechtsethik und der rechtspolitischen Zweckmässigkeit. Die Rechtsprechung begnügte sich bisher damit, in einigen Anpassungsfällen mit dem Argument der Zweckvereitelung, die es zu vermeiden gelte, zu operieren.⁸⁶⁾ Diese Überlegung verdient Zustimmung, bedarf aber noch näherer Ausführung.

Das Problem der Anpassung betrifft das Verhältnis von Rechtsgeschäft und Wirklichkeit. Jedes Rechtsgeschäft ist auf die Wirklichkeit bezogen. Die Frage nach der Anpassung taucht auf, wenn sich die Wirklichkeit nach Vornahme des Rechtsgeschäfts ändert, das heisst anders wird als die Wirklichkeit, auf die das Rechtsgeschäft abgestellt ist.⁸⁷⁾ Das Problem liesse sich vermeiden, würden die Parteien regelmässig ihre "opinio rebus sic stantibus" mittels einer verbindlichen "clausula rebus sic stantibus" absichern. Ein solches Vorhaben wäre aber angesichts der unzähligen, nicht vorhersehbaren Möglichkeiten der Entwicklung in der Praxis undurchführbar. So kommt es, dass sich die Rechtsprechung immer wieder mit Fällen auseinanderzusetzen hat, in denen eine ursprünglich sinnvolle und vollständige Vereinbarung in eine spätere Situation nicht hinein"passt". Das kann soweit gehen, dass die vorhandene Regelung angesichts der veränderten Umstände jeglichen vernünftigen Sinn verliert und nur die Feststellung zu treffen bleibt, dass nach "Wegfall der Geschäftsgrundlage" die Parteien nicht mehr an den Vertrag gebunden sind.⁸⁸⁾ Vielfach wird sich jedoch

86) vgl.oben S. 94/95

87) Flume a.a.O. S.497-501; Staud.Weber § 242, E 3-5;

88) vgl.Staud.Weber § 242 E 3 ff; vgl.auch den aus dem kanonischen Recht stammenden Satz:"Cessante causa cessat lex ipsa"; vgl.dazu Rüthers a.a.O.S.72

bei näherer Prüfung ergeben, dass die vorhandene Regelung in ihren Umrissen und Fundamenten noch einen vernünftigen Sinn abgibt, sich lediglich gewisse Details der Regelung nicht "auf der Höhe der Zeit" befinden. Diese "Umrisse", "Fundamente" der ursprünglichen Regelung -auch "Zweck" oder "Geist des Vertrages" genannt-⁸⁹⁾ können nun grundsätzlich eine Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäftes nahelegen. Bei einer solchen Sachlage wäre ein Beharren auf dem "Buchstaben des Vertrages" ein Verstoß gegen redliche Denkwiese, ohne die ein gegenseitiges Vertrauen zwischen Vertragsparteien nicht gedeihen kann.⁹⁰⁾

Der Grundsatz "pacta sunt servanda" wäre nur oberflächlich erfasst, könnte sich die von den Parteien gegenseitig verfügte Bindung nicht wenigstens in ihrem grundsätzlichen erkannten Sinne weiter behaupten. Redlichkeit auf der einen Seite und das auf diese Redlichkeit aufbauende Vertrauen auf der anderen Seite, mit anderen Worten "Treue" zum Vertrag und "Glauben" an diese Treue erheischen die Anpassung des nicht mehr passenden Rechtsgeschäfts.

Die Aufrechterhaltung unpassend gewordener Vereinbarungen ist jedoch nicht nur Erfordernis einer -überden formalen Gesichtspunkt hinaus- material, rechtsethisch verstandenen Privatautonomie, sondern auch dringendes Anliegen der Rechtspolitik. Ein Richter, der bei jedem ihm zur Entscheidung vorgelegten, unpassend gewordenen Rechtsgeschäft regelmässig mit einem "non liquet" antworten würde, zöge sich sehr bald den Groll der bei ihm vergeblich "Recht"-suchenden zu. Es besteht

89) Larenz, GG S.165

90) Larenz wie vor

also ein eminent praktisches Bedürfnis, in solchen Fällen einen Interessenausgleich zur Vermeidung weiterer Konflikte zwischen den Parteien anzustreben. Dieser Ausgleich liegt in der Anpassung. Dass auch der Gesetzgeber im Zweifelsfalle eine Aufrechterhaltung von vorhandenen Vereinbarungen vorzieht, beweist allein die Existenz von Auslegungsregeln; diese Tendenz zeigt sich insbesondere in so s peziellen Auslegungsregeln wie § 74 I 4 Preuss.ALR oder Art.1157 franz.Code civil, nach denen eine Willenserklärung immer so auszulegen ist, "dass sie nicht ohne Wirkung bleibe".^{90a)} Eine Anpassung, welche den Jnteressen beider Seiten Rechnung trägt, werden die Parteien auch regelmässig einer Feststellung vorziehen, welche der vorhandenen Regelung eine weitere Wirksamkeit für die Zukunft abspricht.

Privatautonomie und Rechtspolitik führen somit zur Aufrechterhaltung einer vorhandenen Regelung, welche in ihrem ursprünglichen Jnhalt sinnvoller Weise nicht fortbestehen kann; dieses Ziel kann nur durch Anpassung erreicht werden.

Es lässt sich als Zwischenergebnis sonach folgender Grundsatz aufstellen:

Grunddienstbarkeiten passen sich entwicklungsbedingten Veränderungen an, soweit andernfalls der Zweck der Dienstbarkeit vereitelt würde.

Diese Grundregel liegt auf der von der Rechtsprechung seit Anfang der vierziger Jahre verfolgten Linie.

Diese Regel sagt selbstverständlich noch nichts darüber aus, welche Anpassung im Einzelfall erforderlich und zulässig ist. Diese Frage, welche von der Rechtsprechung bisher noch nicht genügend durchleuchtet worden ist, bedarf einer weiteren Prüfung

90a) vgl. auch die früheren deutschrechtl.Regelungen des "Clausula"-Problems: §§ 377-384 I 5 Preuss.ALR; § 12 IV 15 Bayer.LR.: Beide Kodifikationen gehen von dem grundsätzlichen Fortbestehen der Obligation aus.

d) An anderer Stelle ist bereits dargestellt worden, dass der Begründungsakt der Servitut weder die Voraussetzungen noch den Maßstab für die "in concreto" erforderliche Anpassung aufzeigen kann. Ebensowenig vermögen der sogenannte "Geist des Vertrages" oder der "Vertragszweck" detaillierte Hinweise für die jeweils notwendigen Ergänzungen und Modifizierungen der unpassend gewordenen Servitut zu geben.⁹¹⁾

Nicht viel weiter gelangt man mit dem Hinweis auf den "verständigen Mann" oder beim Nachdenken darüber, was "redlicherweise hätte vereinbart werden müssen."⁹²⁾

Aus diesem Grund erwies sich auch der Weg einer ergänzenden Auslegung des Begründungsaktes als untauglich, genaue Hinweise für Inhalt und Umfang der erforderlichen Anpassung zu liefern.

Auch aus den Begriffen "Treu und Glauben" oder "Tunlichkeit" selbst lässt sich kein näher bestimmbarer Wertmaßstab entnehmen. Diese Begriffe sind keine ausfüllungsfähigen "unbestimmten Rechtsbegriffe"⁹³⁾

sondern -zumindest im Zusammenhang mit der Anpassungsfrage- gesetzliche Ermächtigung zur richterlichen Rechtsfindung praeter legem. Selbst wenn man diese Begriffe als unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden wollte, wäre damit nichts gewonnen, da sich sofort die weitere Frage anschliessen würde, welche Werte mit welchem Inhalt mit diesen Begriffen gemeint sind. Ein Blick auf die Rechtsprechung, welche sich keineswegs an den engen Rahmen des "Beurteilungsspielraums" gehalten hat -und wegen der Schwankungsbreite der vielfältigen Fallkonstellationen auch nicht halten konnte- zeigt, dass die Annahme eines objektiv gültigen,

91) vgl.oben S.174-176

92) vgl.oben S.175

93) so aber anscheinend Larenz, GG S.167 f; a.A. Werner a.a.O. S.8 f" Rütters S.53 ff; Wieacker Präzisierung, der allerdings differenziert(vgl. oben S.186 f)

aus "Treu und Glauben" bzw. "Tunlichkeit" herauslesbaren Wertmaßstabes dem Richter den voluntativen Entscheidungsakt nicht abgenommen hat.⁹⁴⁾

Es ist daher besser, von weiteren Versuchen, aus "Treu und Glauben" oder "Tunlichkeit" einen ins Einzelne gehenden Wertmaßstab entnehmen zu wollen, Abstand zu nehmen. Diese Begriffe sind bloße Verweisungen auf andere Teile der Rechtsordnung oder allgemeine rechtsethische Grundbegriffe.⁹⁵⁾

aa) An dieser Stelle erinnern wir uns nun an die vorher⁹⁶⁾ erörterten Bestimmungen des gesetzlichen Nachbarrechts. Möglicherweise können sie genauere Hinweise für die Lösung der Probleme des "vertraglich geregelten Nachbarrechts" geben.⁹⁷⁾ Diese Prüfung hätte sich eigentlich als die naheleigende Möglichkeit bereits viel früher aufdrängen müssen. Erst jüngst hat Liver⁹⁸⁾ darauf hingewiesen, dass es lediglich eine Frage des "rechtspolitischen Geschmacks" ist, inwieweit man die Regelung der nachbarrechtlichen Grundstücksbeziehungen den betroffenen Grundstückseigentümern freistellt oder ob man hierfür von Gesetzes wegen Vorsorge trifft.

Tatsächlich lassen sich aus den Bestimmungen des § 906 BGB (zum Immissionsschutz), der §§ 912-916 BGB (zum Überbau) und der §§ 917/918 BGB (zum Notwegrecht) nicht nur für die Frage der näheren Voraussetzung einer Anpassung, sondern auch für die Frage der Abwicklung der Anpassung von Grunddienstbarkeiten wertvolle Fingerzeige entnehmen.

94) vgl. Rüthers a.a.O.S.54; Werner a.a.O.S.8 f 501

95) vgl. Rüthers a.a.O.S.55; Werner wie vor; Flume S.497-

96) vgl. oben S.116-127

97) vgl. Westermann, SR (3. Aufl.) § 63 V 1 und § 122 II 1

98) vgl. Liver, "Die Servitut in der Eigentumsordnung"; ders. in Festschrift für Gutzwiller S.759 ff.

All diese Bestimmungen sind Ausdruck des in § 904 BGB enthaltenen Grundgedankens, wonach in bestimmten Situationen in die Rechte anderer eingegriffen werden darf, soweit sich das Interesse des Eingreifenden gegenüber dem des Betroffenen als vorrangig erweist.⁹⁹⁾ Das niederrangige Interesse muss zurückstehen; es ist aber -trotz rechtmässiger Verdrängung- für die entstehenden Nachteile zu entschädigen. Wir haben es hier mit einer Art privatrechtlicher "Enteignung" bzw. privatrechtlichen "enteignungsgleichen Eingriffs" zu tun. Hinweise auf diesen Gesichtspunkt konnten bereits in einigen früheren Schweizer kantonalen Rechtsbüchern festgestellt werden.¹⁰⁰⁾ Die Ähnlichkeit mit der öffentlich rechtlichen Enteignungsproblematik wurde oben bereits herausgestellt.¹⁰¹⁾

Das in den Servitutenfällen auf Anpassung drängende Moment ist der Gedanke des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts. Sich ihm zu verschliessen und jede Ausgleichung veralteter Rechte an eine fortschrittsbedingte neue Situation zu verweigern, wäre ebenso lebensfremd, wie das andere Extrem einer hemmungslosen, unkontrollierten Anpassung ungerecht wäre. Der zur Entscheidung aufgerufene Richter kann und darf diesem Problem nicht ausweichen. Der sachlich angemessene Weg, der sowohl dem Gedanken des Fortschritts Rechnung trägt als auch den beteiligten Grundstückseigentümern Gerechtigkeit widerfahren lässt, scheint tatsächlich in den wohl ausgewogenen gesetzlichen Regeln des Nachbarrechts vorgezeichnet. Es gilt daher diese im Rahmen der Servitu-

99) vgl. Hubmann JZ 1967, 66 f

100) vgl. oben S.151 f

101) vgl. oben S.128-130

tenanpassung nutzbar zu machen.

Inwieweit dies methodisch in Form einer Gesetzes- oder Rechtsanalogie geschieht oder lediglich im Rahmen einer Präzisierung von "Treu und Glauben" bzw. "Tunlichkeit" soll vorerst noch nicht entschieden werden.

bb) Jm einzelnen lassen sich die Bestimmungen des gesetzlichen Nachbarrechts bei der Servitutenanpassung wie folgt verwenden:

- Jm Gegensatz zur strengen schweizer Rechtsprechung, welche Wegerechte vorwiegend über die Legalservitut des Notwegsden späteren Erfordernissen anglich, vollzog die deutsche Rechtsprechung die Anpassung der vorhandenen Servitut in Form einer modifizierenden Inhaltsbestimmung. Zumindest bei Wegerechten wäre jedoch eine solche großzügige "Inhaltsbestimmung" nicht erforderlich gewesen, da in den meisten einschlägigen Fällen auch über die §§ 917/918 BGB hätte geholfen werden können. § 917 BGB gilt nämlich nicht nur in den Fällen ursprünglicher Wegenot sondern auch dann, wenn ein vorhandenes rechtsgeschäftlich begründetes Wegerecht den objektiven Erfordernissen des herrschenden Grundstücks nicht mehr genügt und eine andere Zugangsmöglichkeit zum öffentlichen Strassennetz fehlt.¹⁰²⁾ Das Notwegerecht besteht in diesen Fällen ¹⁰³⁾ in der(tatsächlichen)Ergänzung des bestehenden Fahrtrechts.

Jn § 917 BGB gilt nicht das bei der Servitutenanpassung vorhandene, formale, auf bestimmte Nutzungsarten abstellende Kriterium, sondern Maßstab ist die "ordnungsgemäße Benutzung" des herrschenden Grundstücks.^{103a)} Bei Anwendung eines solchen materialen Kriteriums im Rahmen der Servitutenanpassung wäre die Rechtsprechung sicherlich nicht zu den teilweise recht willkürlich anmutenden Ergebnissen gelangt. Die Fragen der Nutzungsänderung, der flächenmässigen Erweiterung der beteiligten Grundstücke, der Nutzungsintensivierung wären mit diesem wirtschaftlicher Betrachtungsweise entsprechenden Maßstab einheitlich, fortschrittlich und im Ergebnis für beide Seiten befriedigender gelöst worden.

102) RG JW 1925,474/475 mit zustimmender Anmerkung von Hallermann; RGZ 157,305 ff (308); BGH NJW 1954,1321 ff.

103) vgl. Haegele RdL 1967,234 ff(237) unter Bezugnahme auf Foag RdL 1957,286

103a) vgl. zur Auslegung dieses Begriffs: BGH NJW 1954,1321 (1322/23); WPM 1966,346/47.

Der Begriff "ordnungsgemässe Benutzung" bietet gegenüber dem bisherigen formalistischen, teilweise zu hypothetischen Betrachtungen zwingenden, Kriterien den Vorteil eines umfassenden, einheitlichen, klaren und leicht zu handhabenden Maßstabes. Bei näherer Durchleuchtung des Begriffs "ordnungsgemässe Benutzung" zeigt sich nämlich, dass die in der bisherigen Rechtsprechung nebeneinander verwandten Gesichtspunkte "Vorhersehbarkeit" und "Willkür" bereits in ihm enthalten sind; auf eine gesonderte Verwendung dieser Gesichtspunkte könnte somit in Zukunft verzichtet werden. Richtig verstanden verbietet nämlich eine "ordnungsgemässe Benutzung" eines Grundstücks alle "willkürlichen" Veränderungen, mit denen die andere Seite nicht rechnen muss. Nicht mehr im Rahmen einer "ordnungsgemässen Benutzung" wären demnach a) alle Veränderungen grösseren Umfangs, die b) unter grober Mißachtung der Interessen des Grundstücksnachbarn und c) zur Unzeit herbeigeführt werden.^{103b)} Nicht auf die Art der Veränderung kommt es an, sondern auf deren Erheblichkeit; denn nur dieser Gesichtspunkt ist für den anderen Grundstückseigentümer von Bedeutung. Eine grobe Mißachtung der Nachbarninteressen liegt dann vor, wenn die betreffende Veränderung unter völliger Negierung der Interessen der Nachbargrundstücke zur Durchsetzung eigensüchtiger Ziele erfolgt. Die Veränderung wird zur Unzeit herbeigeführt, wenn - bei nachträglicher Prognose - der Benachteiligte nicht mit ihr rechnen musste, die Veränderung also - in der Sprache der bisherigen Praxis - nach dem auf dem Grundstück vorhandenen natürlichen Betrieb nicht vorhersehbar war. Der Begriff "ordnungsgemässe Benutzung" wird aber nicht nur das bisherige Nebeneinander verschiedener termini technici beseitigen; er wird auch die formalistische Betrachtungsweise der bisherigen Praxis ablösen und an deren Stelle eine klare und gleichzeitig elastisch handhabbare Einheitsformel

103b) vgl. dazu BGH WPM 1966, 346/347

bieten. Schliesslich wird der Begriff -über die Ergebnisse der bisherigen Praxis hinausgehend- materiell zu einer großzügigeren Anpassung führen, ohne allerdings die Interessen des durch die Anpassung benachteiligten Grundstücks zu vernachlässigen. Die Heranziehung der §§ 917/918 BGB wird nämlich eine finanzielle Entschädigung im Falle der stärkeren Inanspruchnahme im Rahmen der "ordnungsgemässen Benutzung" ermöglichen; ein Gesichtspunkt, der einmal ganz allgemein bei der Entscheidung über die Zulässigkeit und das Ausmaß einer Anpassung psychologische Hilfestellung geben, andererseits das Verständnis des Betroffenen für die Anpassung steigern wird.

Mit der Anwendung der §§ 917/918 BGB und der in ihnen enthaltenen Kriterien würden also für die Servitutenanpassung zwei wesentliche Ziele erreicht werden: Offenheit gegenüber dem Fortschritt und gerechter Ausgleich der durch den Fortschritt entstehenden Nachteile. Dem vom BGH propagierten,¹⁰⁴⁾ in seinen Entscheidungen aber nicht voll erreichten "relativen Optimum beiderseitiger Interessenbefriedigung" wäre man damit sehr nahe gekommen.

Die Praktikabilität des Kriteriums "ordnungsgemässe Benutzung" sei an einigen Beispielen erläutert:
Bei Errichtung eines sogenannten "Euro-Industrieparks" inmitten eines bisher ausschliesslich landwirtschaftlich genutzten Geländes würden sich die für das Grundstück bestehenden Wegeservituten (z.B. "Recht zu gehen und zu fahren" aus dem Jahre 1920) der neuen, wesentlich gesteigerten Benutzung nicht anzupassen haben; eine solche Veränderung liegt nicht mehr im Rahmen einer "ordnungsgemässen Benutzung", wenn sie auch aus der Sicht des Inhabers des "Euro-Industrieparks" sicherlich wirtschaftlich sinnvoll ist. In diesem Falle wird auf die Interessen der Wegeverpflichteten nicht in dem zumutbaren Maße Rücksicht genommen;

104) BGH NJW 1965, 2340 ff(2342 a.E.)

mit einer derart sprunghaften Entwicklung brauchen die Grundstücksnachbarn nicht zu rechnen; eine solche Entwicklung liegt nicht mehr innerhalb der Erwartungen des auf dem Grundstück vorhandenen "natürlichen Betriebes".

Anders wird der Fall zu beurteilen sein, liegt das (noch) landwirtschaftlich genutzte Grundstück in einem großstädtischen Randgebiet und ist die Umgebung des Grundstücks bereits zum Teil gewerblich, industriell oder im grösseren Ausmasse anderweitig baulich erschlossen. Bei dieser Lage der Dinge wird auch der Bau eines Industrieparks im Rahmen der möglichen, erwartbaren Entwicklung liegen; Wegerechte müssten sich daher in diesem Falle den Veränderungen -gegen Entschädigung- anpassen.

Im Fall der "Kutscherkneipe", die sich zum großstädtischen Ausflugslokal verändert, ist ähnlich vorzugehen.

Vollzieht sich diese Entwicklung bei einem Lokal, das weit abseits des Verkehrsstromes in einem Naturschutzgebiet liegt, müssten sich etwa für das Lokal bestehende Wegeservituten den gesteigerten Ansprüchen der Gaststätte nicht anpassen.^{104a)}

Zur -entschädigungspflichtigen- Anpassung kommt es jedoch dann, wenn die Lage des Lokals, die bauliche Erschliessung der umliegenden Grundstücke im Zusammenhang mit der allgemeinen Entwicklung die Wandlung der Kutscherkneipe zum grossen Ausflugslokal in den Bereich der Erwartung rückten. Im "Schutzbrücken"-Fall^{104b)} lag die bauliche Erschliessung des dienenden Grundstücks im Rahmen der "ordnungsgemässen Benutzung". Der durch diese Entwicklung benachteiligte Seilbahnunternehmer, der nunmehr zum Schutze der Bewohner des Gebietes Schutzbrücken anbringen musste, hätte aber von dem Eigentümer des dienenden Grundstücks, dem sowohl die Entwicklung seines Grundstücks als auch die vom Unter-

104a) vgl. den "Alpengasthof"-Fall (BGH MDR 1958,592 mit krit.Anm.von Thieme in MDR 1958,760), in dem die für das beantragte Notwegrecht erforderliche "ordnungsgemässe Benutzung" verneint wurde.

104b) BGH LM § 242 (D) Nr.31; vgl.oben S.109 f

nehmer angebrachten Schutzbrücken wirtschaftlich zugute kamen, eine finanzielle Entschädigung entsprechend § 918 BGB erhalten müssen. Der Gedanke, wonach derjenige "entschädigungspflichtig" ist, aus dessen Sphäre die Veränderung hervorkommt, findet sich bereits in § 1023 BGB. Der Gesichtspunkt der "ordnungsgemässen Benutzung" lässt sich somit sowohl für die Fälle der Veränderungen auf dem herrschenden als auch auf dem dienenden Grundstück verwenden. Über den Bereich der Fallgruppe 1¹⁰⁵⁾ hinaus ist der Begriff der "ordnungsgemässen Benutzung" auch in einem Teil der Fälle der Veränderung der Grundstücks-umgebung (Fallgruppe 2)^{105a)} verwendbar. Der Begriff braucht nicht auf die Anpassung von Wegerechten beschränkt zu bleiben; jedes (servitutarische) "Benutzen" eines anderen Grundstücks steht letztlich unter dem Maßstab der "ordnungsgemässen Benutzung".

105) vgl. oben S.15-28 und S.102-111.

105a) vgl. oben S. 29/30 und 111/112.

- Eine weitere Präzisierung von Voraussetzungen und Folgen der Servitutenanpassung lässt sich über die §§ 912-916 BGB erreichen. Zwar gelten diese Bestimmungen unmittelbar nur für den Überbau, das heisst für das "Überschreiten einer Grundstücksgrenze mit einem Bauwerk";¹⁰⁶⁾ setzt man aber die durch eine Grunddienstbarkeit abgegrenzten Interessensphären der beteiligten Grundstücke mit den "Grundstücken" im Sinne des § 912 BGB gleich, lässt sich jede Überschreitung dieser Interessenabgrenzung durchaus mit dem Überbauen einer Grundstücksgrenze im engeren Sinne vergleichen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang allerdings, wann eine solche Grenzüberschreitung vorliegt. Es geht nicht an, die Entscheidung dieser Frage bereits in die nähere Bestimmung dieser Interessenabgrenzung einzubeziehen; man begäbe sich in einem solchen Fall in einen *circulus vitiosus*, dem z.B. der BGH in einer einschlägigen Entscheidung nicht entgehen konnte.¹⁰⁷⁾ Der BGH konnte nämlich zu der Frage, wer letztlich die Nachteile einer entwicklungsbedingten Mehrbelastung zu tragen habe, nie vordringen, weil er bei der Beantwortung der vorangehenden Frage, ob überhaupt eine Mehrbelastung gegeben war, stets von dem bereits erweiterten Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeit ausging. Er gelangte damit zwangsweise zu der Feststellung, dass die - erst

106) vgl. Hoche in Pal. § 912 Anm. 2b

107) vgl. BGH LM § 242 (D) Nr. 41 Bl. 2 Rs. u. Bl. 3

anzupassende- Servitut bereits von Anfang an die erforderliche Rechtsausweitung deckte.¹⁰⁸⁾ Bei einer schärferen Trennung in Auslegung der Dienstbarkeit^{108a)} einerseits und Anpassung andererseits wäre sicherlich in der Rechtsprechung ein die Interessen beider Grundstückseigentümer befriedigender Lösungsweg gefunden worden. Auf Grund dieses undifferenzierten Vorgehens ist die Rechtsprechung nie zu einem echten Interessenausgleich gelangt. Die wenigen Ansätze zu einem solchen umfassenden Ausgleich im Rahmen der Servitutenanpassung scheiterten immer wieder an formalistischen Erwägungen.¹⁰⁹⁾

Der BGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1963¹¹⁰⁾ die Überbaubestimmungen analog auf den Fall angewandt, in dem durch Errichtung eines Gebäudes auf dem eigenen Grundstück eine zugunsten eines anderen Grundstücks bestehende Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wurde. Es erscheint vertretbar, über den BGH hinausgehend, die Grundgedanken der §§ 912 f BGB auch auf die umgekehrten Fälle anzuwenden, in denen auf dem eigenen Grundstück durch Ausweitung der Dienstbarkeit das Eigentum eingengt wird. In § 912 BGB kommt auch dem bereits mehrfach erörterten¹¹¹⁾ Gesichtspunkt des "späteren Verhaltens" in Form der widerspruchslosen Duldung einer Grenzüberschreitung rechtsbegründende Bedeutung zu. Ähnlich wie die "unangefochtene Ausübung im guten Glauben" des Art. 738 Abs. 2 schweizer ZGB besitzt auch hier die Duldung- soweit sie nicht von der andern Seite in rechts-

108) vgl. Haegele a.a.O. S. 236

108a) d.h. Auslegung der Eintragung im Grundbuch einschl. der zulässigerweise in Bezug genommenen Urkunden unter Heranziehung der jedermann ohne weiteres erkennbaren ausserurkundlichen Umstände.

109) vgl. LG Hamburg, Haus und Wohnung 1954, 390, das ausdrücklich von einer Vergütung für die Bedürfnismehrung spricht; vgl. auch die "obiter dicta" in BGH LM § 242 (D) Nr. 41 Bl. 2-3 und NJW 1965, 2340 (2342) a.E., wo die Frage des Ausgleichs zwar angeschnitten aber letztlich verneint wurde.

110) BGH NJW 1963, 807 ff; vgl. oben auch S. 119-122

111) vgl. oben S. 82-88; vgl. auch S. 121

mißbräuchlicher Weise erschlichen wird- inhaltsbestimmende Wirkung. Im Gegensatz zu der von der deutschen Rechtsprechung¹¹²⁾ herausgestellten lediglich indiziellen Bedeutung des späteren Verhaltens äussert die widerspruchslose Duldung im Sinne von § 912 BGB über das Verhältnis der jeweiligen Parteien hinaus dingliche Wirkung. Die Voraussetzungen, dass auf Seiten des "Überbauenden" kein mißbräuchliches Verhalten -auch nicht in Form grober Fahrlässigkeit- vorliegen darf und dass für den Belasteten nur bei einem tatsächlich feststellbaren Überschreiten der "Grenze" ein Verwirkungseffekt eintreten kann, werden verhindern, dass bei Anwendung des Gesichtspunktes der "widerspruchslosen Duldung" bei der Servitutenanpassung wieder die früher mit Recht heftig kritisierten Mißstände¹¹³⁾ eintreten. Durch die klare Bestimmung der Voraussetzungen einer solchen Duldung würden für das deutsche Recht zumindest ebenso eindeutige Verhältnisse herrschen, wie sie im französischen Recht heute noch z.B. bei der Servitutenbegründung durch "destination du père de famille" gelten. Im übrigen bezog sich die für das frühere deutsche Recht erhobene Kritik auf die Fälle mißbräuchlicher Ausnutzung nachbarrechtlicher Duldung, welche gerade unter den strengen Voraussetzungen des § 912 BGB keine Aussicht auf Durchsetzung besitzt. Aus den §§ 912-916 BGB lassen sich somit drei wesentliche Gesichtspunkte für die Servitutenanpassung entnehmen: einmal ganz allgemein der Hinweis, dass auch sachrechtliche Zuordnungsgrenzen überschritten werden können, wenn sich die Verhältnisse später ändern;

112) BGH NJW 1959, 2059 (2060); LM § 242 (D) Nr. 41; LM § 1018 Nr. 10

113) vgl. Denkschrift des RJA, auf die oben S. 39/40 Bezug genommen wurde.

Die Kritik bezog sich auf die Begründung von Servituten; hier soll lediglich in den Ausnahmefällen der Anpassung unter wesentlich strengeren Voraussetzungen einer Duldung rechtsändernde Wirkung zukommen.

zweitens die Bedeutung, die in diesem Zusammenhang ein späteres Verhalten besitzt; drittens, dass bei Veränderung der dinglichen Zuordnungsgrenze dem Benachteiligten ein finanzieller Ausgleich zu gewähren ist.

Diese Gesichtspunkte lassen sich für sämtliche Fallgruppen entwicklungsbedingter Veränderungen heranziehen.

Im Fall des "Euro-Industrieparks" und der "Kutscherkneipe", die sich in ein großstädtisches Ausflugslokal verwandelt, würde sich bei Anwendung der in den §§ 912-916 BGB enthaltenen Regeln auch dann, wenn an sich keine Anpassung zulässig wäre eine inhaltliche Modifikation der Servitut nach Maßgabe der geduldeten Ausübung ipso iure ergeben, wenn für längere Zeit widerspruchslos eine erkennbar übersteigerte Benutzung der Servitut hingenommen wird.

Bei mißbräuchlicher Benutzung oder im Falle eines rechtzeitigen Widerspruchs seitens des Benachteiligten käme eine Anpassung durch Duldung entspr. §§ 912/916 BGB nicht in Betracht. Es bliebe nur die Lösung nach dem bekannten Maßstab der "ordnungsgemässen Benutzung" entspr.

§§ 917/918 BGB.

Der Benachteiligte wäre in jedem Fall zu entschädigen; im Fall der "Duldungsanpassung" entsprechend den §§ 912-916 BGB, im Falle der Anpassung nach Maßgabe der "ordnungsgemässen Benutzung" entsprechend den §§ 917/918 BGB.

- § 906 BGB gewinnt schliesslich Bedeutung bei den Fallkonstellationen, in denen entweder eine Grenzüberschreitung nicht vorliegt, lediglich die Begleiterscheinungen der zulässig ausgeübten Servitut (z.B. auf Grund neuer Verkehrsmittel) wesentlich lästiger ausfallen, oder dann, wenn sowohl eine Grenzüberschreitung als auch lästige Begleiterscheinungen vorliegen.

Aus § 906 BGB ergibt sich, dass unwesentliche Beeinträchtigungen stets zu dulden sind, Wesentliche ortsübliche Beeinträchtigungen müssen ebenfalls ertragen werden, soweit sie nicht durch Maßnahmen zu verhindern sind, die wirtschaftlich zumutbar sind. Muss danach eine wesentliche Beeinträchtigung geduldet werden, kann der Benachteiligte einen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die ortsübliche Nutzung seines Grundstücks über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt wird.

Mit Übernahme dieser Grundsätze des gesetzlichen Immissionsrechts würde dem Gesichtspunkt der "Wesentlichkeit" einer Beeinträchtigung entscheidende Bedeutung zukommen. Es wurde bereits mehrfach herausgestellt, dass dieser Gesichtspunkt für die Anpassung ein durchaus sachgerechter Maßstab ist; er ist besser als das von der Rechtsprechung verwandte Kriterium der "gleichbleibenden Nutzungsart".

Der Begriff "Wesentlichkeit" wurde im übrigen durch eine langjährige Rechtsprechung zu § 906 BGB bereits genügend präzisiert. Die Nutzungsart und ihre etwaige Veränderung ist für den betroffenen Grundstückseigentümer nicht das primär Entscheidende. Es wurden zahl-

reiche Fälle angeführt, in denen trotz gleichbleibender Nutzungsart erhebliche, kaum zumutbare Nachteile eingetreten sind. Das für den Benachteiligten entscheidende Moment ist -das hat bereits Biermann¹¹⁴⁾ erkannt- die Schwere des Eingriffs in die Interessensphäre.

Die Frage, wann eine Überschreitung der Interessensphäre vorliegt, ist -wie oben bereits herausgestellt-¹¹⁵⁾ danach zu beantworten, ob die Auslegung des Begründungsaktes die betreffende Ausübung oder Immission zulässt oder nicht. Selbst wenn darnach keine unzulässige Überschreitung der eingeräumten Servitut vorliegt, bleibt immer noch zu prüfen, ob nicht trotz zulässiger Ausübung der Servitut im Rahmen der Ausübung Immissionen erfolgen, über deren Zulässigkeit gesondert -entsprechend § 906 BGB - zu entscheiden wäre.

Die in § 906 BGB enthaltenen Maßstäbe erlauben es, einerseits dem Fortschritt elastisch zu begegnen, andererseits stellen sie sicher, dass die aus dem Fortschritt sich ergebenden Nachteile sachgerecht auf alle Beteiligten verteilt werden. Eine einseitige Abwälzung der Folgen des Fortschritts wie in der bisherigen Rechtsprechung zur Anpassung wäre damit ausgeschlossen; unzumutbare Nachteile müssen den Belasteten finanziell ausgeglichen werden. Dieser Ausgleich ist wie die Entschädigungen in den §§ 912 und 917 BGB kein Ausgleich nach Billigkeitsgesichtspunkten sondern echte Entschädigung für die zu duldenden Nachteile.¹¹⁶⁾

114) Biermann, SR § 1019 Anm.4

115) vgl.oben S.202/203 und Fn.108a)

116) vgl.Kleindienst NJW 1968,1953 (1955) gegen BGH NJW 1958,549 ff.

Im Interesse einer sachgerechten Abwicklung muss jedoch darauf geachtet werden, ob eine Ausweitung des Servitutenrechts als solchen vorliegt oder ob von einem Interessenbereich in den anderen "immittiert" wird. Im ersteren Falle wäre nach den Grundsätzen der §§ 912 ff BGB und §§ 917 f BGB zu entscheiden, im letzteren Falle -soweit nicht auch eine Rechtsausweitung damit verbunden ist- nur nach § 906 BGB.

Im Falle des Zweigpostamtes, das zum Hauptpostamt wurde,^{116a)} war bereits die Benutzung des Wegerechts mittels der bei Begründung der Servitut im Jahre 1900 wenig bekannten Kraftfahrzeuge durch Anpassung des Dienstbarkeitsinhalts an die modernen Verkehrsmittel für zulässig erachtet worden. Die Beeinträchtigungen waren deshalb für das dienende Grundstück (ein Hotel) unerträglich geworden, weil durch die Umwandlung des Zweigpostamts in ein Hauptpostamt einmal die Zahl der Kraftfahrzeuge erheblich angestiegen war und weil zum andern das Ausmaß der Störungen durch Lärm, Vibration, Abgase usw. auf Grund des gleichzeitigen Betriebs der Fahrzeuge potenziert wurde.

Der Fall kann im Wege der Auslegung nicht gelöst werden; es bedarf der Anpassung.

Die Benutzung des Weges mit Kraftfahrzeugen hält sich ebenso wie die Veränderung des Zweigpostamtes in ein Hauptpostamt im Rahmen der "ordnungsgemässen Benutzung". Der Benachteiligte muss allerdings bereits auf Grund der §§ 917/918 BGB eine Entschädigung erhalten.

Die Frage der "potenzierten Beeinträchtigung" durch Lärm, Vibration, Abgase usw. ist demgegenüber keine Frage der inhaltlichen Anpassung der Servitut sondern eine Frage des Immissionsschutzes, nämlich der Immissionen zwischen dem Interessenbereich des Servitutsberechtigten und dem des Eigentümers. Diese Frage beantwortet sich entsprechend der Regel des § 906 BGB n.r.

^{116a)} RG JW 1930, 3851 ff; vgl. auch oben S. 128 ff.

Danach müsste die Post in erster Linie alle wirtschaftlich vertretbaren Maßnahmen zur Eindämmung der Immissionen ergreifen, die sich bei Ausübung der nach Maßgabe der "ordnungsgemässen Benutzung" modifizierten Servitut ergeben. (vgl. § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB) Ist die Beeinträchtigung unvermeidbar, stellt sich die Frage, ob und inwieweit entsprechend § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ein finanzieller Ausgleich an den Benachteiligten zu zahlen ist.

Die Frage der Anpassung (einschl. der Frage des finanziellen 'Ausgleichs) stellt sich somit im Falle des Zweigpostamtes in zwei Stufen; sie kann durch differenzierende Handhabung der in den §§ 912-916 BGB bzw. §§ 917/918 BGB einerseits und in § 906 BGB andererseits enthaltenen Regeln für beide Seiten gerecht entschieden werden.

cc) Zusammenfassend lässt sich somit eine nähere Präzisierung der oben¹¹⁷⁾ aufgestellten grundsätzlichen Anpassungsregel durch Heranziehung der folgenden Gesichtspunkte erreichen:

a) Jede widerspruchslose Hinnahme einer nicht mißbräuchlichen, für den Belasteten erkennbaren, über den Inhalt der ursprünglichen Vereinbarung hinausgehenden Ausübung der Servitut führt zu einer inhaltlichen Modifizierung der Grunddienstbarkeit nach Maßgabe der geduldeten Ausübung.

Diese inhaltliche Modifizierung hat dingliche Wirkung. Diese Möglichkeit der Anpassung kommt für alle Fallkonstellationen in Betracht.

b) Für Veränderungen auf den beteiligten Grundstücken, aber auch in der Grundstücksumgebung gilt der Maßstab der "ordnungsgemässen Grundstücksbenutzung". In diesem Rahmen kann eine Ausweitung oder Einschränkung des Servitutenrechts erfolgen.

c) Für Immissionen zwischen Grunddienstbarkeit und Grundstück gilt der Maßstab des § 906 BGB.

d) Die für den Belasteten entstehenden Nachteile sind in allen Fällen finanziell auszugleichen; in den Fällen der inhaltlichen Modifikation gemäß § 912 bzw. § 917 BGB, im Falle bloßer Immission entsprechend § 906 BGB.

117) vgl. oben S.194

e) Die eben zusammengefassten Kriterien für die Anpassung von Grunddienstbarkeiten wurden in erster Linie unter dem Blickwinkel des sachlich richtigen Ergebnisses erarbeitet. Diese Lösungsmaßstäbe bedürfen aber auch noch einer rechtstechnischen Präzisierung.

Die Konstruktion, das heisst das Einordnen der "Wert-erkenntnis" unter das System der nachprüfbaren Kriterien hat nur in geringem Masse eigene produktive Bedeutung.¹¹⁸⁾ Die Konstruktion ist nicht so sehr Zugang zur Erkenntnis; sie ist eher wirksame Kontrolle der jeweiligen für richtig erkannten Entscheidung. Die gesetzestechnische Überprüfung der Entscheidung gibt aber bei "Einklinken" in die gesetzlichen Begriffe die Bestätigung im Sinne des positiv¹¹⁹⁾ Richtigen. In den Anpassungsfällen zeigte sich vielfach neben der Lücke im Vertrag auch eine Lücke innerhalb der gesetzlichen Regelungen. Gesetzeslücken werden nach anerkannter Lehre und Praxis im Wege der Analogie geschlossen, soweit sich nicht eine ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine (oder jede) Ausfüllung der Lücke feststellen lässt.

Analogie ist die Übertragung der für einen Tatbestand oder mehrere, untereinander ähnliche Tatbestände im Gesetz gegebenen Regel auf einen im Gesetz nicht geregelten Fall. Dieses Vorgehen gründet sich auf die Erkenntnis, dass in allen Fällen kraft ihrer Ähnlichkeit die gleiche rechtliche Beurteilung angebracht ist.¹²⁰⁾ Der Analogieschluß ist ein Schluß von dem Besonderen

118) vgl. Esser, Wertung, S.15/16

119) vgl. Esser a.a.O. S.16

120) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.287 f

auf ein anderes Besonderes über ein Allgemeines.¹²¹⁾ Die Analogie ist nur dann gerechtfertigt, wenn eine Übereinstimmung in all den Punkten besteht, welche für die rechtliche Bewertung maßgebend sind. Das setzt ein Werturteil darüber voraus, was im geregelten und im ungeregelten Fall "wesentlich" oder "unwesentlich" ist.¹²²⁾ Diese Be-"Wertung" wird vom Standpunkt der dem Gesetz immanenten Zweckrichtung getroffen,¹²³⁾ wobei allerdings -insbesondere von dem nicht geregelten Sachverhalt her gesehen- ein weiter Spielraum in der Wahl des "tertium comparationis" bleibt. Der Analogieschluß ist damit wegen seiner Abhängigkeit von der jeweiligen Bewertung des übergeordneten Allgemeinen kein zwingender logischer Schluß; der Analogieschluß wird lediglich als ein "teleo-logischer" Schluß angesehen.¹²⁴⁾ Solange sich aber die Rechtsanwendung an dem Ideal des deduktiven Subsumtions-Schliessens orientiert, bleibt das Instrument der Analogie trotz seiner dargestellten Unsicherheit unentbehrlich.¹²⁵⁾

121) vgl. A. Kaufmann, Analogie, S. 22 ff (26)

122) vgl. Larenz a.a.O. S. 288

123) vgl. Larenz a.a.O. S. 288; Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S. 79 ff (81): "ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio"

124) vgl. Larenz a.a.O. S. 288; A. Kaufmann a.a.O. S. 31; Engisch, Einführung, S. 145

125) vgl. A. Kaufmann a.a.O. S. 26/27 und Fn. 93; Engisch a.a.O. S. 145

Im Verlaufe der Arbeit ist dargetan worden, dass "Treu und Glauben" bei Veränderung der Lebenswirklichkeit die Anpassung der vorhandenen Servituten sachlich erforderlich machen. Treu und Glauben eröffnen aber auch den konstruktiven Weg zur Anwendung weiterer, im Gesetz an anderer Stelle enthaltener Maßstäbe. Treu und Glauben sind selbst nur in geringem Umfange ausfüllbare Sachnorm-Begriffe; Treu und Glauben bilden vielmehr überwiegend nur die Ermächtigungsgrundlage zur Erarbeitung einer individuell-gerechten Lösung des einzelnen Falles.¹²⁶⁾ Ein Hinweis darauf, was im jeweiligen Falle rechtens ist, kann sich aus dem mit dem Servitutenrecht verwandten Bestimmungen des gesetzlichen Nachbarrechts ergeben.

Das Gemeinsame zwischen den Anpassungsfällen des Servitutenrechts einerseits und den Regeln des gesetzlichen Nachbarrechts sowie den Tatbeständen des Enteignungs- und Aufopferungsrechts andererseits ist der -schon im § 904 BGB enthaltene- Grundgedanke, dass in gewissen Situationen ein Interesse einem anderen höherwertigen Interesse gegen Entschädigung weichen muss. Die Fälle der §§ 906, 912 ff und 917 f BGB gehen allerdings -im Gegensatz zu den Fällen der Servitutenanpassung- davon aus, dass eine reale "Grundstücksgrenze" in irgend einer Weise "überschritten" wird. Die Ähnlichkeit zu den Fällen der Servitutenanpassung ergibt sich jedoch dann, wenn man sich bewusst macht, dass auch zwischen dem Eigentum und der Grunddienstbarkeit eine "Grenze" besteht. Hier ergibt sich eine Abgrenzung der Interessensphären von zwei Grundstücken durch die Modifizierung der gesetzlichen

126) vgl.oben S.186 ff.

Grenzen nach Maßgabe der vorhandenen Grunddienstbarkeit. In ihrem wesentlichen Kern enthalten somit auch die vertraglich bestellten Grunddienstbarkeiten Nachbarrecht, nämlich vertraglich vereinbartes Nachbarrecht, welches über die Grundregeln des gesetzlichen Nachbarrechts hinausgeht. Angesichts dieser engen inneren Verwandtschaft zwischen gesetzlichem und vertraglichem Nachbarrecht erscheint daher eine sinngemässe Anwendung der für das gesetzliche Nachbarrecht geltenden Regeln auch auf die Fälle des vertraglichen Nachbarrechts vertretbar.

Im einzelnen wird man bei Heranziehung des § 906 BGB von einer Gesetzesanalogie, bei Heranziehung der §§ 912 ff BGB, § 917 f BGB eher von einer Rechtsanalogie sprechen können. Die Rechtsanalogie bedeutet die Anwendung des aus mehreren gesetzlichen Bestimmungen entnommenen Grundgedankens auf einen nicht geregelten Fall, während von Gesetzesanalogie gesprochen wird, wenn nur eine einzelne Bestimmung entsprechend angewandt wird.¹²⁷⁾ Der Unterschied zwischen Rechts- und Gesetzesanalogie ist nur ein quantitativer und kein qualitativer. Welche Analogieform im Einzelfall zur Anwendung komme, hängt von der jeweiligen Anpassungslage ab. Die Grenzen von der Rechtsanalogie zur freien Rechtsfindung sind fließend.¹²⁸⁾

Mit der Zulassung einer inhaltlichen Modifikation der Servituten nach Maßgabe der dargestellten Grundsätze erhalten die Servituten in einem gewissen Rahmen einen flexiblen Inhalt. Diese Flexibilität ist jedoch

127) vgl. Larenz, Methodenlehre S.292; Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S.99 ff;

128) A.Kaufmann, Analogie S.1-13; Larenz a.a.O. S.293

nicht schrankenlos; sie geht nur soweit, als es auf Grund der veränderten Verhältnisse erforderlich und bei Berücksichtigung der Interessen beider Grundstückseigentümer zumutbar ist. Die hier vertretene Lösung bringt nicht einen gewissermassen "gleitenden" Servituteninhalt, wenn auch von Fall zu Fall den Erfordernissen der Entwicklung Rechnung getragen wird. Die bisherige Rechtsprechung hat sich in ihren Ansatzpunkten als zutreffend erwiesen. Es mussten allerdings sachliche und methodische Unzulänglichkeiten der bisherigen Praxis beseitigt werden.

Mit der hier vertretenen Lösung werden die von der Rechtsprechung früher einmal erhobenen Bedenken¹²⁹⁾ wieder aktuell, insofern nämlich als nun tatsächlich nicht mehr die Auslegung des Begründungsaktes sondern das Gesetz über den Inhalt und Umfang der Servitut entscheidet. Der Rückgriff auf das Gesetz und die gesetzlich belegbare Regel war sachlich erforderlich, da auch im Wege der Auslegung des Begründungsaktes kein verwertbarer "Wille der Parteien" mehr festgestellt werden konnte. Dieser Rückgriff erscheint methodenehrlicher. Dieses Heranziehen objektiver Grundlagen ist keine Beschränkung der Privatautonomie; diese kann nämlich nur dort eingeschränkt werden, wo sie sich tatsächlich -in feststellbarer Weise- aktualisiert hat. Es bleibt den Parteien unbenommen, jederzeit einer aus dem Gesetz zu entnehmenden oder auf das Gesetz zurückführbaren Lösung des Falles durch eine konstitutive Vereinbarung zuvor zu kommen.

129) RGZ 131, 159 ff (171).

f. Die einzelnen Fallgruppen entwicklungsbedingter Veränderungen lassen sich nunmehr wie folgt lösen:

(1) Veränderungen auf den beteiligten Grundstücken
sowie der Gebrauch neuer technischer Mittel

vermögen eine bestehende Servitut inhaltlich zu modifizieren, soweit diese Veränderungen im Rahmen einer "ordnungsgemässen Benutzung" der betreffenden Grundstücke liegen. Eine ordnungsgemässe Grundstücksentwicklung ist immer dann anzunehmen, wenn die betreffenden Veränderungen bei gebührender Rücksicht auf die Interessen des Handelnden von dem Betroffenen bei nachträglicher Prognose vernünftigerweise erwartet werden musste. Grundsätzlich sind damit nicht nur Veränderungen infolge einer allgemeinen Nutzungsintensivierung (u.a. auch durch neue technische Mittel) ordnungsgemäss sondern regelmässig auch Änderungen der Nutzungsart (auch Übergang von einem Gewerbebezweig zum anderen) und flächenmässige Veränderung der beteiligten Grundstücke. Inwieweit diese Veränderungen eine Servitut ausweiten oder beschränken können, ist ebenfalls Frage der "Ordnungsmässigkeit". Was ordnungsgemäss ist, bestimmt sich nach der allgemeinen Lage der Grundstücke, der bisherigen wirtschaftlichen Entwicklung der Grundstücke, der allgemeinen technischen und wirtschaftlichen Entwicklung und nach den Motiven der beteiligten Grundstückseigentümer. Die Anwendung dieses Maßstabes kann ergeben, dass eine bestimmte Veränderung nur zum Teil "ordnungsgemäss" ist und daher nur zu einer teilweisen Ausweitung bezw. Beschränkung der Servitut führen kann.

Die vom BGH vertretene formale Betrachtung kommt in Wegfall; die vom BGH zum Ausgleich seiner formalen Betrachtungsweise eingeführte hypothetische Betrachtungsweise wird damit überflüssig.

Die Nachteile, die dem Betroffenen durch Ausweitung des Rechts bzw. Beschränkung seines Rechts entstehen, sind zu entschädigen.

Der Fall der Teilung des herrschenden oder des dienenden Grundstücks, sowie der Fall der Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit ist im Gesetz in den §§ 1025, 1026 und 1023 BGB geregelt.

(2) Auch Veränderungen der Grundstücksumgebung können den Inhalt einer bestehenden Servitut modifizieren. So wird eine allgemeine Änderung des Quartiercharakters (es werden z.B. an Stelle der früher üblichen herrschaftlichen Villen villenähnliche Mehrfamilienhäuser oder Reihenhäuser gebaut) eine Servitut, welche den Bau von "Einfamilienhäusern" oder von "Villen" vorschreibt, unter Umständen in der Weise ausweiten, dass fortan auch die nunmehr vorherrschende Bauweise zulässig ist. Es wird aber auch hier darauf abzustellen sein, inwieweit diese allgemeine Veränderung der Umgebung im Rahmen einer "ordnungsgemässen Grundstücksbenutzung" erfolgt. Hierfür gilt im einzelnen das oben unter Ziff. (1) Gesagte.

In extremen Fällen (z.B. ein Villenviertel wird im Laufe der Zeit zu einem überwiegend gewerblich genutzten Viertel) kann eine Änderung der Grundstücksumgebung überhaupt zum Wegfall des Vorteils (z.B. für

eine Villenservitut, die nunmehr "sinnlos" ist) führen. In einem solchen Fall würde die Servitut gegenstandslos; wir haben es hier mit einem gesetzlich geregelten Fall von "Wegfall der objektiven Geschäftsgrundlage" zu tun. (§ 1019 BGB)

Eine privatrechtliche Verpflichtung zum Ausgleich der Nachteile wird -jedenfalls in den hier bekannten Fällen- nicht aktuell werden. Der durch die Entwicklung Bevorzugte kann für die entstehenden Nachteile nicht verantwortlich gemacht werden.

In dieser Fallgruppe tritt gegenüber der von der bisherigen Rechtsprechung gehandhabten Praxis lediglich eine Änderung der rechtlichen Begründung ein.

(3) Die Fälle der Begriffs- und Geschmackswandlung beurteilen sich wie oben Ziff.(2).

Auch hier tritt lediglich ein Austausch der Rechtsgrundlage im Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung ein.

(4) Eine Änderung des öffentlichen Rechts berührt eine vorhandene "gleichgerichtete" Servitut nicht unmittelbar; insofern bleibt es bei den Ergebnissen der bisherigen Rechtsprechung. Die Servituten behalten trotz inhaltlich divergierender öffentlich rechtlicher Bestimmungen (z.B. des Bauplanungsrechts -bei einer Quartierservitut-) volle Eigenständigkeit und uneingeschränkte Wirksamkeit. Lediglich dann, wenn die öffentlich rechtlichen Bestimmungen zu wesentlichen tatsächlichen Veränderungen der Grundstücksumgebung führen, muss eine inhaltliche Modifizierung der vorhandenen Servitut gemäß § 1020 Abs.I

Satz 1 BGB oder möglicherweise ein Wegfall der Servitut gemäß § 1019 BGB, wie in den Fällen der Fallgruppe 3 ins Auge gefasst werden.

(5) Ergeben sich infolge einer Ausweitung der Servitut oder im Rahmen einer zulässigen Ausübung der Servitut lästige Jmmissionen zwischen Dienstbarkeit und Eigentum, so sind diese nur unter den Voraussetzungen des § 906 BGB zulässig; dennoch zu tragende Nachteile sind dem Betroffenen angemessen finanziell auszugleichen, soweit die Nachteile für den Betroffenen unzumutbar sind.

g) Verfahrensrechtliche Fragen:

Im Zivilprozess kann sich die Frage der Servitutenanpassung in dreifacher Weise stellen:

- Bei der a) Unterlassungsklage,
b) Zahlungsklage,
c) Feststellungsklage.

Im Rahmen der Unterlassungsklage des Eigentümer gegen den Servitutsberechtigten nach § 1004 BGB oder des Servitutsberechtigten gegen den Grundstückseigentümer nach §§ 1027/1004 BGB- je nachdem in welchem Interessenbereich die Veränderung aufgetreten ist- muss auch die Frage der inhaltlichen Modifikation der Servitut auf Grund der veränderten Verhältnisse beantwortet werden.

Im Rahmen einer Zahlungsklage taucht die Anpassungsfrage dann auf, wenn der Benachteiligte finanzielle Entschädigung verlangt.

Im Wege der -positiven oder negativen- Feststellungsklage nach § 256 ZPO kann der gegenwärtige Inhalt und Umfang einer servitutarischen Belastung zwischen den beteiligten Grundstückseigentümern rechtsverbindlich geklärt werden. Eine Feststellungsklage hinsichtlich eines künftigen Servituteninhalts ist allerdings wegen der Unbestimmtheit der zukünftigen Entwicklung nicht zulässig.¹³⁰⁾

Die Eintragung im Grundbuch kann unter den Voraussetzungen des § 22 GBO berichtigt werden. Die Eintragung wirkt -abgesehen von den Fällen der Anpassung im Wege konstitutiver dinglicher Rechtsänderung gemäß §§ 877/873 BGB- deklaratorisch; der Servituteninhalt wird durch die Veränderung der Verhältnisse ipso iure modifiziert.¹³¹⁾

130) vgl. BGH LM § 256 ZPO Nr. 73, der ein Interesse "an alsbaldiger Feststellung" verneinte.

131) vgl. oben S. 190 f und dortige Hinweise, insbes. Wolff.-R. SR und Westermann, SR a.a.O. (Fn. 80 u. 84)

T h e s e n.

1. "Anpassung" im weiteren Sinn ist allgemein jene juristische Methode, die bestehende Rechte mit einer veränderten Wirklichkeit in Einklang bringt. "Anpassung" im engeren Sinne ist die inhaltliche und umfangmässige Angleichung im Wege praeterlegaler Rechtsfindung.
2. Die Anpassung ist im einzelnen Fall dann in Erwägung zu ziehen, wenn eine Veränderung der Aussenwelt das bestehende Servitutenrecht in tatsächlicher oder rechtlich erheblicher Weise berührt. Dies bestimmt sich nach dem jeweiligen Zweck des anzupassenden Rechts.
Dementsprechend kommt bei sogenannten Bau- oder Quartierservituten im Falle einer Änderung des öffentlichen Bau- oder Bauplanungsrechts (vgl. Fallgruppe 3) eine Anpassung nicht in Betracht.
3. Generell ist die Anpassung Forderung einer nicht nur formal verstandenen Privatautonomie sowie der Rechtspolitik.
4. Die Anpassung von Grunddienstbarkeiten kann auf vierfache Weise erfolgen:
 - a) im Wege nachträglicher konstitutiver Vereinbarung;
 - b) im Wege extensiver oder restriktiver Auslegung des Begründungsaktes;
 - c) über die Anwendung dispositiven Rechts;
 - d) im Wege praeterlegaler Rechtsfindung.

5. Gesetzlich geregelt ist lediglich der Fall der Teilung des herrschenden bzw. des dienenden Grundstücks sowie die Möglichkeit der Ausübungsverlegung (§§ 1025, 1026; § 1023 BGB). Diese Bestimmungen gelten über Art. 184 EG BGB auch für altrechtliche Servituten.
6. Die Anpassung im Wege nachträglicher konstitutiver Vereinbarung kann mit dinglicher Wirkung nur gemäß §§ 877, 873 BGB oder im Wege obligatorischer Vereinbarung mit beschränkter Wirkung auf das Verhältnis der Vertragsparteien erfolgen.
Die obligatorische Vereinbarung kann unter gewissen strengen Voraussetzungen auch stillschweigende Vereinbarung sein.
Diese Möglichkeit der Anpassung kann auch bei altrechtlichen Dienstbarkeiten angewandt werden.
- 7) Die Anpassung im Wege der Auslegung des Begründungsaktes bezieht sich regelmässig auf die Auslegung der Grundbucheintragung. Hierbei ist wegen der besonderen Funktion des Grundbuchs auf den Wortlaut der Eintragung sowie der in ihr zulässigerweise in Bezug genommenen Urkunden und auf die jedermann ohne weiteres erkennbaren ausserurkundlichen Umstände abzustellen.
Eine ergänzende Auslegung der Grundbucheintragung ist nicht möglich.
Im Gegensatz zur engen Auslegung der Grundbucheintragung dürfen dingliche Einigung und obligatorischer Bestellungsvertrag umfassend, unter weitestgehender Berücksichtigung ausserurkundlicher Umstände -auch im Wege ergänzender Auslegung- ausgelegt werden.
Die sich möglicherweise ergebenden inhaltlichen

Differenzen zwischen Eintragung einerseits und dinglicher Einigung bzw. obligatorischem Bestellungsvertrag andererseits können über §§ 812, 894 BGB durch nachträgliche konstitutive parteivereinbarung bzw. durch richterliche Entscheidung behoben werden. Für Dritte bleibt gemäß §§ 891, 892 BGB in jedem Falle die Eintragung im Grundbuch maßgeblicher Bezugspunkt.

Der Inhalt und Umfang altrechtlicher Dienstbarkeiten bestimmen sich nach dem früher geltenden Recht.

(Art. 184 EG BGB)

8. Ergeben weder die Auslegung des Begründungsaktes noch das dispositive Recht eine Lösung, und können sich auch die Parteien nicht einigen, bleibt als letztes eine Anpassung der Servitut (inhaltliche Ausweitung oder Einschränkung) an die veränderten Verhältnisse über "Treu und Glauben".
Gesetzlicher Bezugspunkt für Treu und Glauben ist allerdings nicht § 242 BGB, der im Servitutenrecht nicht anwendbar bzw. entbehrlich ist, sondern § 1020 Abs. 1 Satz 1 BGB, der für das Servitutenrecht im vollen Umfang die Aufgabe von § 242 BGB übernimmt.
§ 1020 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt gemäß Art. 184 EG BGB auch für altrechtliche Servituten.
9. Bei der Heranziehung von "Treu und Glauben" sind drei verschiedene Funktionsschichten zu unterscheiden; die Fälle des "officium iudicis", die Fälle der "exceptio doli" und die Fälle der "gesetzlichen Ermächtigung" zur richterlichen Rechtsfindung.
Im Rahmen der Servitutenanpassung ist nur die dritte Funktionsschicht von Bedeutung.

10. Gemäß "Treu und Glauben" (§ 1020 Abs.1 S.1 BGB) ergibt sich für die Servitutenanpassung folgende Grundregel:

Grunddienstbarkeiten passen sich in Inhalt und Umfang den entwicklungsbedingten Veränderungen an, wenn andernfalls der Zweck der Dienstbarkeit vereitelt würde.

Die Anpassung erfolgt "ipso iure".

11. Diese Anpassungsgrundregel erhält durch Heranziehung der im gesetzlichen Nachbarrecht (§§ 906, 912 ff, 917 f BGB) sowie in analogen Fallregelungen des öffentlichen Rechts geltenden Kriterien ihre Ausfüllung und Präzisierung.

12. a) Durch Übernahme der Gesichtspunkte

- widerspruchslose Duldung einer nicht mißbräuchlichen, erkennbaren Grenzüberschreitung,
 - ordnungsgemäße Grundstücksnutzung,
 - finanzielle Entschädigung für den Belasteten
- wird für die inhaltliche Modifikation des Servitutenrechts,

- b) durch Übernahme der in § 906 BGB enthaltenen Voraussetzungen und Folgen

wird für die Fälle der Immission zwischen Grunddienstbarkeit und Grundstück (unabhängig von einer inhaltlichen Modifikation der Servitut) eine nähere Präzisierung der Anpassungsgrundregel hinsichtlich Voraussetzungen und Abwicklung der Anpassung erreicht.

13. Prozessual kann die Servitutenanpassung geltend gemacht werden durch

- a) Unterlassungsklage nach § 1004 BGB
- b) Zahlungsklage (Einklagung der Entschädigung)
- b) Feststellungsklage nach § 256 ZPO.

Die Eintragung im Grundbuch kann bezüglich des veränderten Servituteninhalts unter den Voraussetzungen von § 22 GBO berichtigt werden.

L e b e n s l a u f.

Ich wurde am 26. Dezember 1936 als Sohn des Regierungsbaurats Martin Schmidt und seiner Ehefrau Maria, geb. Neuner, in Regensburg geboren.

Mein Vater ist am 2. März 1945 gefallen.

Von 1943 bis 1947 besuchte ich die Volksschule in Pielenhofen a. Naab, in Regensburg und in München.

Von Herbst 1947 bis zur Ablegung der Reifeprüfung im Juni 1956 besuchte ich das staatliche Maximilians-Gymnasium in München.

Vom Wintersemester 1956/57 bis einschl. Sommersemester 1962 studierte ich an den Universitäten München und Köln Rechtswissenschaft sowie zwei Semester Betriebswirtschaftslehre.

Während des Studiums war ich häufig als Werkstudent tätig; unter anderem arbeitete ich längere Zeit für eine grosse Jugendorganisation als Reiseleiter und Fremdenführer in Mittelitalien und Sizilien.

Im September 1962 bestand ich in München die erste juristische Staatsprüfung.

Von Oktober 1962 bis Oktober 1967 leistete ich -mit Unterbrechungen- den juristischen Vorbereitungsdienst ab.

Von Oktober 1963 bis Februar 1964 war ich im Rahmen der "Wahlstation" bei einem französischen Rechtsanwalt (avocat) in Lyon. Im Jahre 1965 arbeitete ich mehrere Monate als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für "Wirtschafts- und Patentrecht" der Technischen Hochschule in München; in den Jahren 1966 und 1967 war ich jeweils längere Zeit bei Rechtsanwälten in Krefeld und München beschäftigt.

Im Oktober 1967 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung in München.

Im Dezember 1967 trat ich in den höheren Justizdienst in Bayern ein. Seit November 1969 bin ich als Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft München II tätig.

Seit September 1963 bin ich mit Ulla Pesch, Studentin an der Akademie der bildenden Künste in München verheiratet.

